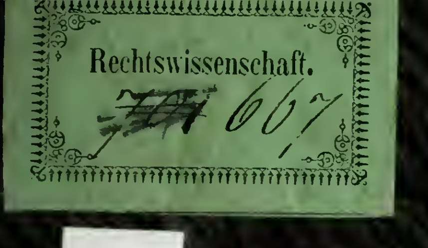
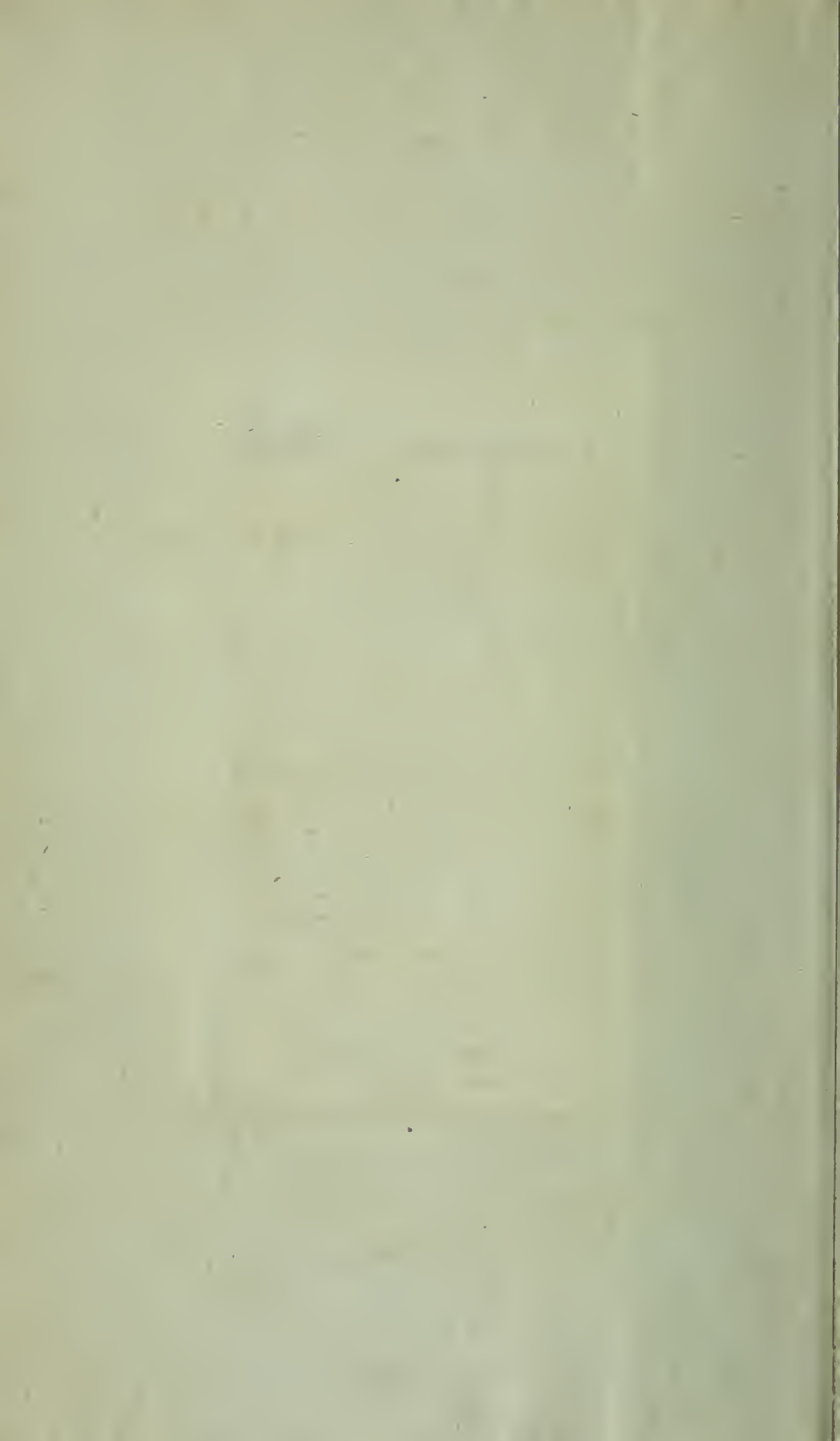

Rechtswissenschaft.
667

3 1761 07464795 9



Polemik
des
germanischen Rechts
Land- und Lehnrecht
(jus controversum germanicum privatum et feudale)

nach

den Systemen

des

Herrn Geheimen Rath Prof. Dr. Mittermaier

und

Geheimen Rath Dr. G. L. Böhmer

bearbeitet

von

Dr. Carl Aug. Gründler,
Königl. Bay. Hofrathe und ordentlichem Lehrer
zu Erlangen.

Merseburg,
Verlag der Buch- und Kunsthandlung von
Fr. Weidemann.
1832.

Concordantia discordantium canonum.
Gratianus.

Vorwort.

Wenn ich diesen Versuch dem Publikum übergebe, so geschieht es vorzüglich darum, um verdienstvolle Germanisten zu veranlassen, diesen Theil des Rechts zu bearbeiten: denn warum soll dieses Recht das entbehren, was schon längst das römische Recht *) durch Cocceji und Walch erhalten hat.

Die Schriften des Niellius, Rundinger und Finckelhauß, welche sich auf die Controversen des Lehnrechts beziehen, verdienen wegen ihrer Unvollkommenheit keiner Erwähnung. (Hageman Einleitung z. LR. p. 98.) Mehr Werth hat das Werk von Keesel theses selectae juris holandici et Zelandici ad supplendam H. Grotii introductionem. Lugd. 1800.

Einer der früheren Methodisten bemerkt, (nämlich Leibnitz de nova methodo disc. docendaeque Jurisp., herausgegeben von Wolf Hal. 1748. Bemerkungen über solche in Hugo civil. Magazin B. 1. n. 2.) daß das Studium des positiven Rechts im Gegensatz des natürlichen nach dem Muster der Theologie, in Dogmatik, Polemik,

*) s. a. A. F. Rivinus Systema jurispr. polemicae sec. ord. Pandect. Vit. 1753.

a *

Exegese und Geschichte einzutheilen sey. Diese Eintheilung kann gewiß auch auf das germanische Recht angewandt werden. Die Dogmatik des germanischen ist in neueren Zeiten vorzüglich vollständig bearbeitet, auch vieles schon für die germanische Rechtsgeschichte gethan, wenig für die Exegese, die Polemik aber ist ganz unbearbeitet. Ob nun die Bearbeitung nothwendig und nützlich sey? darüber mögen competente Männer entscheiden.

Da die beiden Lehrbücher, das Mittermaiersche für das Privat- und das Böhmersche für das Lehnrecht die brauchbarsten sind, *) so bin ich auch den Systemen **) derselben gefolgt.

*) Ich würde gern das Eichhornische vortreffliche Lehrbuch zu Grunde gelegt haben, da aber in demselben das Lehnrecht vermischt mit dem deutschen Privatrechte vorgetragen ist, ersteres aber von dem lezteren nach den meisten Studien-Planen getrennt vorzutragen ist, so konnte ich solches hier nicht zu Grunde legen: daß in anderer Hinsicht die Verbindung beider zweckmäßig sey, ist in §. 53. erwiesen.

**) Ich weiche nur in einem Abschnitte von dem Systeme des Mittermaier ab, nämlich im Wechselrechte, indem ich es für besser halte, das Handels- oder Wechsel-, so wie das Seerecht in einem Abschnitte, als einen speciellen Theil des deutschen Privatrechts am Ende, wo Mittermaier das Handelsrecht aufgenommen, abzuhandeln, womit auch Mehrere übereinstimmen. — Neben meinen §§. ist immer Mittermaier's Lehrbuch mit M allegirt, so wie im Lehnrechte Böhmer mit B.

Erster Theil.

Landrecht

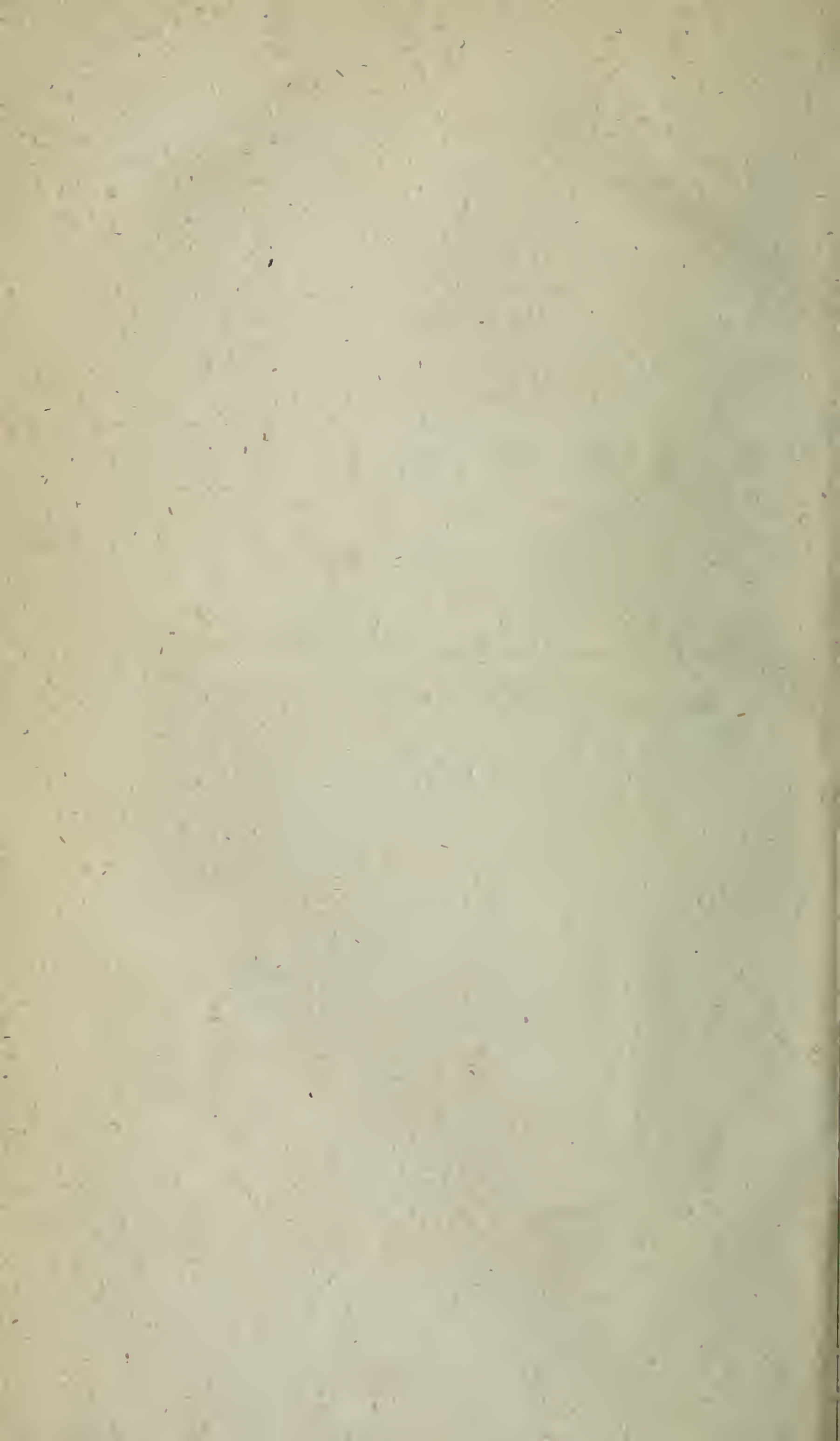
nach

dem System

des

Herrn Geheimen Rath Prof. Dr. Mittermaier.

Einleitung. Erstes und zweites Buch.



Inhaltsanzeige.

Einleitung.

Erste Abtheilung. Von den Quellen des deutschen Privatrechts.

Zweite Abtheilung. Von dem System der Behandlung und von der Aufsuchung des deutschen Privatrechts.

I. Buch.

Allgemeine Lehren des deutschen Privatrechts.

I. Hauptabtheilung. Von den Subjecten des Rechts.

I. Abtheilung. Von dem Einflusse des natürlichen Zustandes.

II. Atheilung. Von den Rechten deutscher Stände.

I. Unterabtheilung. Allgemeine Grundverhältnisse.

II. Unterabtheilung. Vom Adel.

III. Unterabtheilung. Vom Bürgerstande.

IV. Unterabtheilung. Von den Verhältnissen der Unfreien.

V. Unterabtheilung. Von den Bauern.

III. Abtheilung. Von dem Einflusse der bürgerlichen Ehre.

IV. Abtheilung. Von dem rechtlichen Unterschiede zwischen Einheimischen und Fremden.

V. Abtheilung. Von dem Einflusse der Religionsverschiedenheit auf bürgerliche Verhältnisse.

VI. Abtheilung. Von der Verbindung der Korporationen und von den dadurch bewirkten Verhältnissen.

II. Hauptabtheilung.

Von den Objecten der Rechte.

II. Buch.

Von den dinglichen Rechten.

I. Abtheilung. Vom Eigenthum und der Erwerbung desselben.

§. 201.

II. Abtheilung. Von Dienstbarkeiten.

III. Abtheilung. Von Reallasten.

IV. Abtheilung. Vom Pfandrecht.

Einleitung.

§. 1.

Das Wort german, kommt von germanus.

Tacitus (de situ, et moribus populi germ. c. 2.) sagt:

> germanorum vocabulum recens et nuper additum, quoniam primi Rhenum transgressi gallos expulerunt, ac nunc Tungri tunc germani vocati sunt.

Die Tunger wollten die Gallier schrecken, indem sie sich mit allen Deutschen verbrüdert nannten. So bemerkt Johannes Biclariensis (in Canisii lectiones ant. ed Basnage P. I. Antw. 1725 p. 338.) bei dem Jahre IX. Justini Imp. . . . Cosdores Persarum a) Imp. — ad vastandos Romanorum terminos promovit: cui Justinianus dux Romae militiae . . . bellum paret: et: habens secum gentes fortissimas, quae barbaro sermone Herman (leg. Hermani) nuncupantur . . . superat. In Spanischen ist das Wort hermano gleich bedeutend mit germanus.

a) Die Abstammung der Germanen von den Persern ist wegen der mehreren germanischen Rechtsinstitute, welche sich bei den letzteren finden, nicht unwahrscheinlich: Herodot nennt den ackertreibenden Stamm der Perser — germanen. Luden Gesch. Bd. 1. S. 14. 590.

Hiermit stimmen überein: Adelung, (älteste Geschichte der Sprachen S. 141.) Anton, (über den Namen Germanen in dem deutschen Museum von 1799. S. 205.) Wilhelm, (Germanien und seine Bewohner, Weim. 1823. S. 18.) v. Savigny, (Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter 1. S. 194.) Schmalz, (Lehrbuch des deut. Privatrechts. §. 6. not. b.) Andere leiten es von Hermanie (arimania) Möser, (osnabrük. Gesch. Th. 1. Ab. 3. §. 2.) Rössig, (Alterthümer der Deutschen S. 58.)

§. 2.

Das Wort Deutsche ist von Tuisko abzuleiten.

Tuisko ist der Stammvater der Deutschen, daher ist wohl die Ableitung des Namens von ihm weit richtiger als eine andere.

Hiermit stimmt überein: Danz, (Handbuch des deut. Privatr. B. 1. §. 1.) Schmalz (a. a. O. §. 6. not. a.) ist der Meinung: daß es von Tiehe oder Tühe abzuleiten sei, welches in Niedersachsen den Platz der Versammlung der Gemeinde anzeige: Deutsche Tedische, wie er bemerkt, sind Stimmhabende in der Gemeinde, (Quirites).

§. 3.

Das Wort alod kommt von von al (gemein) und od, (Gut bonum.)

Alod ist ein eigen Gut, ein Gemeingut, Feldmark, der Antheil an Gemeindeland, im Gegensatz von der terra Salica, (s. §. 176.) welches nicht immer das echte Eigenthum, sondern die terra curialis, dominicalis anzeigt. Der, welcher ein freies Gut besaß, hieß odalman.

In dieser Bedeutung kommt es in den Gesetzen vor. Lex Salica tit. 62. de allodibus. Lex Ripuaria c. 56. si quis alodem suam dare voluerit. Lex bajuvar c. 1. in allodem ib. 17. 2. a propria alode alienus officiatur. Decret. Tassilonis 16. de alod. Lex angl. et varin. Cap. 6. de alode parentum.

Hiermit stimmen überein: Struv, (syntag. jur. feudal. p. 78.) Grim, (deutsche Rechtsalterthümer. Gött. 1828. S. 493.) nimmt an, daß es zusammengesetzt von al (totus, integer) und od (bonum) so viel wie al eigen, mere proprium.) Eichhorn (Reichs- und Rechtsgeschichte §. 84 b.) Ebend. in d. Einl. §. 157. not. f. ist der Meinung, daß die ursprüngliche Bedeut. universa bona, Nachlaß, die abgeleitete mere proprium sei. Falck (jurist. Encyclopädie S. 218. nur will er das Wort ode nicht für proprietas gelten lassen, und verwirft die von Eccard ad. leg. Sal. p. 34. und Gundling in Gundling. N. 1. p. 23. angeführten Gründe.)

Mehrere sind aber der entgegengesetzten Meinung., Einige von diesen leiten es ab, von alt und ode, und verstehen darunter ein altväterliches Gut (bonum aviaticum) Stammgut, als Hert, (Diss. de feud. oblat. p. 491.) sich auf die Lex Ripuar: berufend, wo es heißt: dum virilis sexus exstiterit foeminae in hereditatem aviaticam non succedunt.

Andere leiten es ab von a, und lot, es sey das a privative zu nehmen, und bedeute ohne, kein, wie bei Ateilo d.i. der keinen Theil hat, und lot oder lod, Losung: als Gundling (Diss. an nobilit. venter p. 20.) und Wachter (Gloss. p. 2.)

Noch Andere behaupten, daß es von adelod (ererbtes Gut,) und von de ole, oder olde. d. i. alt, herkomme: Schilter (Inst. jur.

feud. c. 2. §. 5.) Buri, (Erläuterung des in Deutschland übl. Lehnrechts S. 378.) dann Wachter (Glossar. germ. s. v. Allod p. 35.) und Runde (in Anmerkungen und berichtigenden Zusätzen zu Buri S. 85.) leiten es von dem englischen allot, d. i. theilen, durch das Loos bestimmen ab, also ein durch das Loos jemandem zugefallenes Gut, denn es sei eine bekannte Sache, daß die Deutschen die eroberten Länder durch das Loos unter sich vertheilt hätten; der auf jeden gefallene Theil habe Sortes geheißen. Lex Wisigothorum Lib. X. tit. 2. c. 1. Sortes gothicae et romanae, quae inter quinquaginta annos non fuerint revocatae, nullo modo repetantur.

Ein Ungenannter (in den staatswirthschftl. und jurist. Nachrichten April St. 1799. S. 373.) ist der Meinung, daß allod ein einfaches Wort sei, in welchem das od, ot nur eine Endigung anzeige, wie Weisat, Weisot, Weisel, oder Einod, Kleinod, und ursprünglich nur Erbgüter diesen Namen geführt hätten.

Erste Abtheilung.

Von den Quellen des deutschen Privatrechts.

§. 4. (M. §. 1. n. 4.)

Das Privatfürstenrecht gehört zu den gemischten Theilen des Rechts und kann weder zu den Theilen des Privat- noch öffentlichen Rechts gezählt werden.

Zu den speciellen Theilen des Rechts gehören alle, welche Rechtsgrundsätze enthalten, die aus Quellen fließen, die gemischt sind. Dies ist nun der Fall bei diesem Rechtstheile. Denn bei gewissen Privatgeschäften des Regenten wird auf das öffentliche Recht Rücksicht genommen, dann sind wegen der doppelten Eigenschaften desselben als Regent und als Privatmann, bald die Bestimmungen des öffentlichen, bald die des Privatrechts in Anwendung zu bringen.

Hiermit stimmen überein: Majer (Einleit. in das Privatfürstenrecht. Tub. 1783. §. 73.) Danz (Handbuch des deutsch. Privatr. Th. 1. §. 5. S. 15.) Falck, (jurist. Encycl. S. 47.) Mittermaier, (a. a. O.)

Dagegen zählen v. Selchow, (Elementa jur. priv. §. 2.) Pütter, (Elem. jur. priv. germ. hod. §. 84.) Nettelbladt, (Samml. kl. jurist. Abh. not. 15. S. 395.) Schnaubert, (Pr. de jure privato principum ex jure pub. germ. syst diminando Jen. 1806.) Runde, (Gr. d. deutsch. Privatr. §. 5.) Weise, (Einl. in das germanische deutsch. Privatr. §. 3.) a) Klüber, (öffentl. Recht d. deutschen Bundes §. 2.) Ortloff, (Gr. des Systems d. deutsch. Privatr. §. 2. not. 2. S. 2.) solches zu den Theilen des deutschen Privatrechts.

Schmalz, (deut. Staatsrecht Berl. 1825. §. 27.) und Schmidt, (Lehrbuch des d. Staatsrecht 1 Abth. Jena 1821. §. 98.) sind der Meinung, daß es zu den Theilen des öffentlichen Rechts gehöre, letzterer rechnet es zu den Theilen des Verfassungsrechts. b)

a) Er bemerkt unter andern, daß der Regent, wenn er in rechtliche Verhältnisse mit andern Mitgliedern der bürgerlichen Gesellschaft tritt, nicht als Regent zu betrachten sei; allein dieß haben hinlänglich v. Gönner (deutsch. Staatsrecht §. 291.) und Behr (Ist der Regent über die Gesetze erhaben? in dem allgem. Staatscorrespondent. B. 2. Th. 3. not. 2.) widerlegt. —

b) An der Existenz des deutschen Privatfürstenrechts nach veränderter Staatsverfassung läßt sich wohl nicht zweifeln. Das, was der verdienstvolle Zachariä (Abh. über die heutige Anwendbarkeit des deut. Privatr. der Fürsten in s. Staatsrechte d rhn. Bundes Heidelberg 1810. not. 4.) und Haus (Ueber die Wirkungen der Auflösung der deut. Reichsverfassung und der rhein. Bundesacte auf das deutsche Privatfürstenrecht — in rhn. Bund Heft 28. not. 3.) dagegen angeführt haben, paßt auf die damaligen Verhältnisse: durch die deutsche Bundesacte hat sich vieles, selbst in Hinsicht der Standesherrn geändert. Wegen der Familienverträge der letztern, als eine wichtige Quelle dieses Rechtstheils verdient das, was Pernice (observ. de principum comitumque imp. germ.inde ab CDCCCVI subjectorum jur. privat. mutata ratione Halae 1827.) so gründlich entwickelt hat, auch Heffter, (Beitr. zum deutschen Staats- und Fürstenrecht Berl. 1829.) und Klüber, (Abh. und Beobachtungen für Geschichtskunde, Staats- und Rechtswissenschaft, Frankf. 1830. B. 1. not. 4. Standesherrliche Familienautonomie und Familienverträge im Sinne des deut. Bundes) bemerkt zu werden.

§. 5.

Die Professio bestand in einer feierlichen Erklärung, nach welchem Rechte man leben wollte.

Daß die Professio in der feierlichen Erklärung von einem der mehrern neben einander bestehenden Volksrechten Gebrauch zu machen bestand, nach deren Wahl man aber nicht mehr davon abgehen konnte, ergiebt sich aus folgenden Gründen.

1) Die Professionen kommen nur in solchen Fällen vor, wo entweder ein Uebergang aus dem Nationalrechte unter ein anderes wirklich statt gefunden hat, oder wo wenigstens ein solcher Uebergang, der Regel nach hätte eintreten sollen, und dennoch nicht eingetreten ist. Es werden sonach immer zwei Volksrechte neben einander genannt, von welchen das eine ausgeschlossen, das andere als geltend bezeichnet wird. So heißt es in der Lex Salica Tit. 43. §. 1.

Si quis ingenuus francum, aut hominem barbarum occiderit, qui lege Salica vivit VIII. m. den. qui faciunt sol. CC. cupab. jud.

In den mayländischen Urkunden von Fumagelli (n 39. 49.) vom Jahre 807 heißt es:

accepi ad te Verohacheri ex alamanorum genere.

und v. J. 839.:

ego qui supra Teutpaldo . . . legibus vivens longobardorum.

2) Die Ausdrücke professo sum, professi sumus, beziehen sich nicht auf das Recht, welches angewandt wird, sondern auf dasjenige, was im vorliegenden Falle gelten soll. Dieß zeigt nicht nur der constante Gebrauch des perfecti, sondern auch der regelmäßige Gegensatz: nunc videor vivere etc., mit welchem das gegenseitige Recht bezeichnet wird.

3) Unter Professio kann nicht die in der Urkunde enthaltene Erklärung über das anzuwendende Recht verstanden werden, sondern vielmehr die Erklärung, welche der Ausstellung der Urkunde vorausgegangen ist. Derjenige, welcher selbstständig oder mündig geworden, mußte sich nämlich auf Befragen der Ortsobrigkeit erklären, nach welchem Rechte er leben wolle, um dann in die öffentliche Liste der Ortseinwohner eingetragen werden zu können. Dies ist eigentlich die Professio.

Dieß ersieht man unter andern aus der Constitution Lothar's I., worin es nach der longobardischen Recension heißt: (Georgisch c. j. p. 1224.)

Volumus ut cunctus populus romanus interrogetur, quali lege vult vivere: ut tali lege, quali vivere professi sunt, vivant. Illisque denuntietur, ut hoc unusquisque, tam judices, quam duces, vel reliquus populus sciat.

Capitulare Pipin a. 793 art. 37. (Baluz 1. p. 542.) Domino regi dictum est, quod multi se complangunt legem non habere conservatam, et quia omnino voluntas domini regis est, ut unusquisque homo suam legem pleniter habeat conservatam — et per

singulos inquirant, qualem habeant legem ex nomine.

Die Befragung geschah von der Ortsobrigkeit, und zwar darum, damit der Richter sich darnach richten konnte. Die Wahl des Rechts hing von dem Erklärenden ab, sie erfolgte zu der Zeit, wo Jemand Selbstständigkeit erlangte, Mitglied der Gemeinde oder eines Standes wurde. Daher war diese Erklärung nothwendig:

1) wenn sich ein Weib verheirathete: es hing ganz von ihr ab, ob sie nach dem Rechte ihrer Nation fortleben wollte, oder nicht. So heißt es: (s. Lupi Codex dipl. bergom. p 223)

qui professa sum ego ipsa Terlinda ex natione mea legem vivere longobardorum, sed nunc pro ipso viro meo legem vivere videor Salicam.

Mathilde, obgleich von Geburt eine Salierin, hätte durch die Ehe dem longobardischen Rechte angehören sollen, sie zog aber das salische Recht vor, und drückte sich ganz richtig aus (bei Lupi a. a. O. p. 227. 228)

qui professa sum ex natione mea lege vivere salicha.

2) Wenn Jemand Priester wurde, war die Erklärung darum nothwendig, weil es gewöhnlich war, daß der Clerus nach römischem Rechte lebte, weil solches auf ihn paßte, wegen der vielfältigen Begünstigungen, und genauer Bestimmung vieler eigenthümlicher kirchlicher Verhältnisse. So heißt es unter andern:

Landulfus et Petrus clericus germani . . . qui professi sumus ex natione nostra legem vivere longobardorum, sed ego Petrus clericus per clericalem honorem legem videor vivere romanam.

Es war aber nicht nothwendig, daß sie nach dem römischen Rechte lebten, es hing vielmehr von ihrer Erklärung ab. So heißt es: (s. Fumagelli cod. dipl. Ambro. n. 124. p. 502. an. 805.)

Ego Teotpertus archipresbiter ecclesiae S. Juliani qui professo sum, legem vivere longobardorum.

Eben so erklärte sich der Bischof Otto v. Bergamo im J. 1072 (Ughelli T. 4. p. 447.)

3) Uneheliche Kinder wählten ihr Recht nach freier Willkühr, da sie keinen Vater hatten:

Quaestiones ac monita (Canciani Vol, 1. p. 224) justum est, ut homo de adulterio natus vivat, qualem legem voluerit.

Erfolgte aber die Wahl nicht, so wurde ein Jeder nach dem Rechte gerichtet, welches bei der Nation galt, von der er abstammte, das Weib, das sich verheirathete, nach dem Rechte des Mannes und wurde sie Wittwe, nach ihrem angebornen Rechte, der Clerus nach dem römischen Rechte.

Bei denen, welche keine Selbstständigkeit hatten, galt das Recht, nach welchem derjenige lebte, dem sie unterworfen waren, bei Kindern das des Vaters, [a]) bei dem Freigelassenen, wenn er ein Lombard war, das des Patrons, (Lex Rotharis c. 229) war er ein Burgunder, das Recht des Volkes, von dem er selbst (obgleich als Sclave) abstammte. (Papiniani Respons. P. 3.)

a) Ein Fall scheint das Gegentheil zu bestimmen: im J. 1104. profitirt Oddo Blano römisches Recht, dessen Söhne aber bekennen sich im J. 1119 zum Longobardischen. (Lupi a. a. O. p. 228.) Allein in der Urkunde ist ersteres blos ein Schreibfehler. S. v. Savigny Geschichte d. röm. Rechts, Th. 1. S. 118.

Nach der Wahl hing es aber nicht mehr von dem Profitirenden ab, eine Aenderung vorzunehmen, die Erklärung entschied für ihn und seine Nachkommen; es sey denn, daß er eine Dispensation erhalten hatte.

Hiermit stimmen überein: Lupi (Codex dipl. bergom. Diss. 4. p. 123. 232. der zuerst die Unrichtigkeit von der ganz freien Wahl dargethan hat) v. Savigny, (Geschichte des r. R. im Mittelalter Th. 1. S. 123 u. f. f.) Falck, (Eranien z. d. Recht 3e Liefruna not. 10.) (von Spuren der Persönlichkeit in den mittlern d. G. s. Vollgraf. Ueber d. d. Begriff in Archiv d. civil. Praxis B. 9. Beil. Heft. S. 19.)

Der entgegengesetzten Meinung ist Wiarda, (Geschichte des salischen Gesetzes S. 140) er nimmt an: daß unter Professio das Recht zu verstehen sey, welches für jeden einzelnen Fall gelten soll, nicht das Recht der profitirenden Person: diese Meinung unterstützt er durch das longobardische Gesetz von Luitprand VI. 37. wo es heißt:

De scribis hoc prospeximus, ut qui chartam scripserit, sive ad legem longobardorum — sive ad legem romanorum, non aliter fa-

ciunt, nisi quomodo in illis legibus continentur — et si unusquisque de lege sua descendere voluerit, et paciones atque conventiones inter se fecerint, et ambae partes consenserint, istud non reputetur contra legem, quod ambae partes voluntarie faciunt. Et illi, qui tales chartas scripserint, culpabiles non inveniantur esse: non quod ad hereditandum pertinent, per legem scribant etc.

Allein hieraus geht nicht hervor, daß Luitprand die Wahl für jeden einzelnen Fall frei gegeben habe. Die richtigere Erklärung dieses Gesetzes ist: die Notarien sollen sich bei dem, was das jus publicum betrifft, genau an das persönliche Recht der Partheien halten, bei andern Rechten hängt es aber von letztern ab, nach welchen sie sich richten wollen.

Die Formel, welche er aus Markulf 2. 12. noch anführt, paßt nicht, denn es ist hier von keiner Professio die Rede, sondern von einem letzten Willen, wodurch die Intestat-Erbfolge abgeändert wird, die hier der Testator für hart und unbillig erklärt. Die Meinung, welche dahin geht, daß jeder ohne Rücksicht auf Abstammung das Recht gehabt, zu bestimmen befugt gewesen, nach welchem Rechte er leben wolle, solches ganz regellos habe ausüben können, die unter andern Muratorius (Antiq. Ital. P. 2. p. 261.) vertheidigt, ist darum zu verwerfen, weil die größte Verwirrung des Rechts dadurch entstanden seyn würde. Noch Andere nehmen an: daß die freie Wahl den Römern nicht, wohl aber den Germanen gestattet worden: als Eichhorn. (Reichs- und Rechtsgeschichte Th. 1. §. 46.) Dagegen behaupten andere, daß in frühern Zeiten den Römern die Wahl gestattet worden, in der Folge hätten aber Römer und Germanen gleiche Rechte erhalten: unter andern: Mably observ. sur l'histoire de France T. 1. liv. 1. Ch. 2. not. 7.

§. 6. (M. §. 2. not. 21.)

Das Rechtsbuch der salischen Franken a) ist nicht im Jahr 422, sondern unter der Regierung Chlodowigs entworfen.

1) Ergiebt sich aus dem Inhalte, daß dem Rechtsbuch kein höheres Alter gegeben werden kann.

2) Die Namen, welche angeführt werden, bezeichnen nicht die Verfasser, sondern die Proceres aus der Gegend. Sigebertus gemblacensis sagt ad an. 422. und gesta francorum c. 4.

Tunc et legem habere coeperunt quam consiliarii eorum priores gentiles his nominibus Wisowart, Wisogast, Arogast, et Salegast in villiabus germaniae id sunt Bodecheum, Salecheim et Windeheim tractaverunt.

Denn gast bezeichnet einen Vornehmen, heve den District, die Gegend. b)

a) Von der Wichtigkeit der Lex Salica: Wiarda, Geschichte des salischen Gesetzes S. 124. 140. v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter Th. 1. S. 105. — Von den vorhandenen Ms. s. E. A. Feuerbach die Lex Salica und ihre verschiedenen Recensionen, Erlangen 1831. Er erweist, daß der Wolfenbüttler Codex der ältere sey,

der Pariser darauf folge, und dann der Fuldaer; daß der unglossirte Text Karl d. G. zuzuschreiben, und er der Urheber der neuen Recension gewesen sey, wodurch die Meinungen des Wiarda, Pertz und Ortloff berichtigt worden. Wegen d. Wolfenbüttler Codex ist noch zu merken: Zeitschrift B. 1. not. 8.

b) van Wersebe über die Völker und Völkerbündnisse des alten Deutschlands, Hannover 1826. S. 176.

3) Nennt die Vorrede des salischen Gesetzes Chlodowig, unter dessen Regierung die Willkühren und Gewohnheiten dieses Stammes der Franken nieder geschrieben sind. Es heißt hier:

At ubi deo favente Chodovaeus commotus est et pulcher et inclytus rex francorum primus, recipit catholicum baptismum, quidquid minus in pacto habebatur idoneum, per praecelsos reges Chodovaeum et Childebertum et Hotharum fuit lucidus emendatum et procuratum decretum hoc.

An der Aechtheit derselben läßt sich nicht zweifeln und auch die Schlußformeln, welche mehrere Manuscripte haben, stimmen hiermit überein. In Epil. Leg. Sal. a. Carol. mag. emend. (Canciani leges barbar. T. 2. p. 118) heißt es: explicant leges Salicae Lib. III. quam Clodovaeus rex francorum statuit, et postea una cum francis pertractavit, ut ad titulos aliquid amplius adderet, sicut a primo usque ad 78 perduxerit.

Hiermit stimmen überein: Heineccius, (Antiq. jur. germ. T. 1. p. 265.) Wiarda, (Geschichte und Auslegung des sal. Ges. und malb. Glosse Brem. 1808.) Eichhorn, (Reichs und R. G. §. 35.) Mittermaier, (a. a. O.) Wersebe, (a. a. O.) Dieck, (Literair-Geschichte des longob. Lehnrechts bis zum 14ten Jahrh. Halle 1828. S. 132.) und Feuerbach. (a. a. O. S. 39. 188.) Dagegen behaupten — Dreyer, (vermischte Abh. Th. 2. S. 258.) Biener, (Commentarii de origine et progr. leg. P. 1. p. 30.) Rössig, (Gesch. des deut. Privr. Th. 1. S. 25.) Danz, (Handbuch des deut. Privatr Th. 1. S. 30.) Wisand (de origine et not. leg. Salicae Lipz. 1760.) daß es im Jahre 422 bei der Wahl Faramunds gemacht sey, um die Freiheit des Volkes zu schützen und die Grenzen der Königl. Gewalt zu bestimmen, sich stützend auf das Zeugniß Sigebert (bei Peter in Ss. reg. germ. T. 1. p. 493.) und Otto Frising. Chron. Lib. IV. c. 32. der sagt: Franci — Pharamundum sibi regem creaverunt, leges quoque ex hinc habere coepere. Türk (Bemerkungen aus dem Gebiete der Geschichte 3 Heft II. das altfränkische Völkerrecht. Rost. 1830.) nimmt an, daß das Rechtsbuch älter, als Chlodowig sey, läßt es aber dahin gestellt seyn: ob es unter Faramund vorhanden gewesen.

§. 7. (M. §. 2. not. 21.)

Das Vaterland des salischen Rechtsbuchs sind die Niederlande.

1) Der Theil der Franken, für welchen dieses Rechtsbuch verfertigt wurde, und der nachher in den Niederlanden wohnte, war allein dem König Clodowig unterworfen.

2) Die Hypothese, daß die Abfassung in der Zeit erfolgte, wo die Franken noch in Deutschland wohnten, gründet sich auf etymologische Ableitungen, welche in der deutschen Geschichte nur zu oft mißbraucht werden, wird aber auch durch den Inhalt widerlegt.

In Tit. 49. 50. heißt es: si quis servum — aut quamlibet rem sub alterius potestate agnoverit, mittat eum in tertiam manum et ille apud quem agnoscitur, debet ad rhamire: et si intra Ligerim aut Carbonariam aut citra mare ambo manent, et qui agnoscitur et apud quem cognoscitur in noctes XL. placitum faciant. — Quod si trans Ligerim aut Carbonariam ambo manent, ille apud res agnoscitur in noctibus LXXX. lex ista custodiatur.

Clodowig dehnte die Grenze des fränkischen Reichs bis zur Ligris aus.

3) Die Ligris ist nicht die in Brabant fließende Lys sondern die Loire.

In dem Münchner Codex findet sich eine ganz verschiedene Leseart: anstatt der Worte: et si intra ligerim, heißt es: et si citra mare, und anstatt, quod si trans ligerim, heißt es: quod si trans legem.

Feuerbach ist der Meinung, daß wenn man annehmen könnte, daß die Leseart des Münchner Codex die ursprüngliche, und ihre Entstehung nicht etwa ein Irthum oder Versehen des Abschreibers sey, die Lex Salica noch vor Unterwerfung Galliens bis zur Loire abgefaßt worden, und sonach die Leseart intra ligerim erst durch eine spätere Revision in den Text gekommen sey.

Allein es ist wohl eher ein Versehen anzunehmen, indem die Worte citra mare und trans legem keinen Sinn haben.

Hiermit stimmen überein: Rössig, (Geschichte des deut. Privatr. S. 25.) Eichhorn, (Reichs- und Rechtsgeschichte §. 35.) Türck (a. a. O.) weist es dem westlichen Belgien oder dem östlichen Gallien zu. Mehrere sind der entgegengesetzten Meinung. (s. Wiesand de orig. et nat. Leg. Sal. 1762.) Conring nimmt die Gegend zwischen Mainz und Oppenheim an, Leibnitz zwischen der Elbe und Weser, Gundling, die Gegend um Worms; Eccard, Thüringen; Wendelin Brabant, (Wiarda (a. a. O. §. 34 — 40.) die Gegend zwischen der Ligris und silva carbonaria, (Kohlenwalde) welcher einen Theil des Ardennenwaldes im Hennegau ausmacht: v. Wersebe (a. a. O. §. 8.) die Gegend der fränkischen Saale.

§. 8. (W. §. 2. n. 20.)

Das Rechtsbuch der Salier ist in lateinischer, und nicht in fränkisch-deutscher Sprache niedergeschrieben.

1) Alle altgermanischen Rechtsbücher, mit Ausnahme des angelsächsischen, sind in lateinischer Sprache ursprünglich geschrieben; hiervon macht das salische keine Ausnahme.

2) Die deutsche Sprache war noch nicht zur Schriftsprache erhoben, wie sich aus Otfried ergiebt, der in der Vorrede zu den Evangelien über den Mangel deutscher Buchstaben und über die Schwierigkeit der Sprache zu schreiben klagt. [a])

a) s. jedoch Examen opinionis de idiomate legum a tiquarum ab illustri Icto super professae. Emd. 1760. Rossig a. a. O. §. 18.

3) Der Einwand, daß es in der Muttersprache abgefaßt sey, um es verständlicher zu machen, ist ganz hinfällig, indem die deutsche Sprache zum leichtern Gebrauche des Rechtsbuchs gewiß nichts beigetragen hat.

4) Die Malberger Glossen sind nicht Worte, welche der Uebersetzer aus der Originalausgabe beibehalten, um seinen Landsleuten die dunkeln lateinischen Ausdrücke verständlich zu machen, wie die Gegner annehmen, sondern es sind bloße Erklärungen dunkler Wörter: denn das Wort Mal zeigt, daß solche so in den Gerichten gebraucht wurden. [b])

b) In Tit. IV. si quis agnum lactantem (mal lem) furaverit, septem denaros culpabilis judicatur. Daß mal von mallum herkommt, ist wohl nicht zu bezweifeln; (Grimm, Rechtsalterthümer S. 46.) wohl aber daß es einen Glossator mit Namen Malbergus gegeben. Selchow, Geschichte der in Deutschland geltenden Rechte §. 252. Hofman, observat. jur. germ. c. 1. s. n. Canciani, Leg. antiq. Vol. II. p. 4. und Biener a. a. O. Wiarda, a. a. O. S. 363. Luden, Geschichte III. S. 738. Feuerbach S. 41. ist der Meinung:

daß die malbergische Glosse gleichzeitig mit der Lex entstanden und eine fränkische Uebersetzung der lateinischen Worte sey.

Hiermit stimmen überein: Wisand, (de orig. et natura leg. Sal. §. 10 — 12.) Eccard (Leges francorum salicae et ripuariorum cum addit. reg et imp. Lpz. 1770. p. 14.) Wiarda, (a. a. O.) Eichhorn, (Rechtsgeschichte §. 36.)

Das Gegentheil nehmen an: Tillius (de reb. galliae p. 1.) Dreyer (de usu genuino juris anglo. Sax. p. 223.) Silbrandt (ad Heinecc. Hist. jur. p. 665.) Fischer, (Literatur des germanischen Rechts. §. 17.) Danz (Handbuch des deut. Privatr. Th. 1. S. 31.) Biener, (Com. de orig. et prog. P. 1. p. 32.) imperitus sagt er: autem aut latinae aut vernaculae linguae fuisse videtur, qui versionem confecit, inseruit itaque ex pristinis legibus verba teutonica, ut sensum redderet clariorem, quas hodie glossas malbergicas vocamus. In der not. b. p. 34. fügt er hinzu: Malberg in textu latino, qui regnante Clodoveo confectus fuit, indicat priscam legis salicae editionem initio sec. V. lingua vernacula conscriptam.

§. 9. (M. §. 2. not. 26.)

Das baiersche Rechtsbuch ist nicht unter der Regierung Theodorichs, sondern unter Dagobert I. († 628) abgefaßt.

Daß das baiersche Rechtsbuch unter der Regierung Dagoberts angefertigt, dabei aber frühere schriftliche Abfassungen benutzt, späterhin auch einzelne Stellen eingeschaltet wurden, ergiebt sich aus folgenden Gründen:

1) Die Sammlung der Gewohnheitsrechte bei den deutschen Völkerstämmen hatte immer eine besondere Veranlassung: hier die Unterwerfung [a]) der Bojer unter die fränkische Herrschaft zu der Zeit, da Dagobert regierte. Die Abfassung war nothwendig, um die Grenzen der königl. Gewalt zu bestimmen, ihre Freiheit zu sichern, und privatrechtliche Verhältnisse genauer zu bestimmen.

a) v. Lori chronol. Auszug der Geschichte von Baiern. München 1782. S. 66. 78. 105. Unter dem Herzog Garibald hatten sie sich von der ostgoth. Herrschaft freigemacht. S. Pütter hist. Entwickel. der deut. Staatsverf. Th. 1. S. 32. Eichhorn Reichs- und Rechtsgeschichte. S. 50. §. 22.

2) Zur Zeit der Abfassung des Rechtsbuchs müssen schon mehrere Herzöge aus dem Geschlechte der Agilofinger über Baiern geherrscht haben: denn es heißt in Tit. 2. c. 20. § 3. Dux vero, qui praeest in populo illo semper de genere agiolfingorum fuit et debet esse, quia sic reges, antecessores nostri concesserunt eis.

Die Mehrzahl der Herzöge ist aber unter Dagoberts Regierung vorhanden: denn es hatten Garibald I. Tassilo I. und Garibald II. in Baiern geherrscht.

3) Daß die Abfassung später, etwa unter Karl dem Gr. erfolgte, ist nicht anzunehmen; denn

a) die in Kap. 20 angeführten Geschlechter, welche zunächst den Agilofingern nachfolgen: Huosi, Trozza, Fagana, Hachilingna, Aenion, waren zu dieser Zeit zum Theil ausgestorben, nur die beiden, Huosi und Fagana werden in den Schenkungsurkunden der Domkirche zu Freisingen erwähnt. [b])

b) Mederer Beitr. zur baierschen Geschichte N. 5. S. 101.

b) Das Rechtsbuch enthält mehrere vortheilhafte Bestimmungen für den Clerus, und dennoch ist der Zehnt nicht erwähnt. Dies würde aber gewiß geschehen seyn, wenn die Anfertigung später erfolgt wäre, denn auf der Synode zu Aschheim (im Jahr 754) wird in dem 5ten Canon den Bojuvarien, die Reichung des Zehnts an die Kirche eingeschärft.

c) In der angeführten Synode wird es dem jungen Herzog Tassilo zur Pflicht gemacht, sich in Kirchensachen umzusehn, und sich an die Satzungen zu erinnern, welche die ganze Welt, der occident und orient, aufbewahrt, zugleich aber auch das zu beobachten, was das von seinen Vorfahren zurückgelassene Gesetz mit sich bringt. Die Mehrzahl der Vorfahren des jungen Tassilo, dem das Rechtsbuch übergeben wurde, gestattet nicht, die Abfassung unter dessen unmittelbare Vorfahren zu setzen.

d) Schweigt das Rechtsbuch von den Päbsten, welches gewiß nicht geschehn seyn würde, wenn zur Zeit der Abfassung diese Einfluß auf Baiern gehabt hätten.

4) Aus dem Inhalt des Prologs ergiebt sich nicht Gegentheil. [c])

c) Es heißt hier Theodoricus rex francorum cum esset Cathalaunis, eligit viros sapientes, qui in regno suo legibus eruditi erant, ipse autem dictante jussit conscribere legem francorum, alemanorum et bojovariorum. (Mederer a. a. O. B. IV. Einl. S. V.

bemerkt, daß Bachberger, ein Benediktiner, zu Tegernsee einen Codex gesehn, in welchem die bojer nicht erwähnt waren, und folgert daraus, daß erst später aus Unwissenheit der Abschreiber die Worte bajovariorum hinzu gekommen sey) et Theodoricus rex propter vetustissimam paganorum consuetudinem emendare non potuit, post hac Childebertus inchoavit corrigere, Chlotarius rex perfecit. Haec omnia Dagobertus rex gloriosissimus per viros illustres Claudio, Chadoin, Domagno et Agiloffo transtulit, unicuique quoque genti scriptam tradidit, quae usque hodie perseverant (daß die angeführten Namen zum Theil unrichtig sind, hat Pallhausen, (Garibald. München 1820 not. 2.) bemerkt: sie heißen Claudius, (welcher bei Fredegas als gelehrter Römer, ohne Bezeichnung des Vaterlands vorkommt) Chadoindus, Magnus, Agiloff, (Bischof zu Valence) der am meisten dazu beitrug, daß römische Rechtsbestimmungen aufgenommen wurden. v. Savigny (Geschichte des röm. Rechts. Th. 2. S. 88.)

Denn er ist mit dem Rechtsbuche nicht gleichzeitig, sondern später verfertigt; der Verfasser bemerkt, daß die Gesetze bis zu seiner Zeit fortgedauert: quae usque hodie perseverant, sonach ist er weit später als zu Dagoberts Zeiten verfertigt, vielleicht in der Mitte des 8ten Jahrhunderts.

5) Das Rechtsbuch enthält zwar manches, was auf die spätern Zeiten hindeutet, allein alles dieses ist auch später hinzugekommen, unter andern: der ganze erste Titel, die Verordnungen über Schenkungen an die Kirchen, welche nur unter besondern Feierlichkeiten gestattet werden. [d])

d) Tit. 1. c. 1. Der Titel violentia ist aus dem Decreto Tassilonis genommen. Mederer a. a. O. Einl. §. 17.

Diese Meinung, welche schon Otto von Freisingen annahm, indem er sagt: (Chron. Lib. V. c. 9.) Dagobertus ergo totius regni principatum tenens, bojariis legem dedit, hat Mederer (a. a. O. S. 9.) weiter ausgeführt; Pallhausen, (a. a. O. §. 13.) Winter, (Vorarbeiten zur Beleuchtung der baier. Kirchengeschichte. B. 2. Abthl. 1. München 1809. S. 17.) v. Savigny, (a. a. O. S. 80.) und Mittermaier (a. a. O.) durch hinlängliche Gründe unterstützt.

Dagegen behaupten Resch, (Annal. Salzb. T. 1.) Zirngibl, (von baierschen Herzögen vor Karl d. G. in den hist. Abhandl. d. Akademie der Wissenschaften 1799.) und v. Senckenberg, (de legibus gent. bavariae Giess. 1747.) daß es unter Garibald I. im J. 630 verfertigt wurde. Klocker, (antiq. eccl. ex lege boj. Introd. p. 4.) Desing, (Rechtsgeschichte B. 1. Anhang) v. Lipowsky, (Geschichte v. Baiern im Verbande mit dem Staatsrecht. München 1799. S. 10.) und Mannert, (ältere Geschichte von Baiern 1807. S. 185.) daß es im sechsten Jahrhundert gemacht sey. Die Mehrheit aber nimmt an, daß die Abfassung unter Theodorich, dem Sohne Chlodowigs erfolgt, die letzte Verbesserung unter Dagobert I. gemacht, und sonach in den Jahren 511 — 534 oder 530 zu Stande gekommen sey: als Biener, (Comment. de orig. et progr. leg. P. 1. p. 59.) Rössig, (Geschichte des deutschen Privatr. S. 57.) Danz, (Handb. des deutschen Privatr. 1. S. 35.) Eichhorn, (Reichs- und Rechtsgeschichte Th. 1. S. 94.) Diese Meinung stützt sich vorzüglich auf den angeführten Prolog.

§. 10. (M. §. 2. not. 28.)

Der Zusatz in der Ueberschrift der Lex anglorum et Warinorum — hoc est Thuringorum — ist richtig.

1) Durch historische Untersuchung ist es außer Zweifel, daß die Wariner ein Stamm der Thüringer waren. Ein Schreiben Theodorichs (Cassidor Vol. V. not. 3.) welches an den König der Thüringer (wahrscheinlich Hermanfried) gerichtet, ist überschrieben: Herulorum regi, Guarinorum regi, Thuringnorum regi. Bei Cassidor stehen Heruli, guarini und Thuringi neben einander.

2) Das Rechtsbuch ist höchst wahrscheinlich zu Karl d. Gr. Zeiten gemacht [a]), zu welcher Zeit die Anglen und Wariner schon verschwunden, und zu einer größern Völkerschaft, wahrscheinlich zu den Thüringern gehört haben. [b])

a) Gründe: 1) Eginhard sagt in vita Carol. c. 29. omnium — nationum quae sub ejus dominatu erant, jura, quae scripta non erant, describere et liberis mandare fecit. 2) Stimmt es mit der Lex Saxonum und frisiorum überein, welche nach neuerer Untersuchung unter Karl d. G. gemacht sind. Eichhorn a. a. O. §. 144. Wiarda, Geschichte des altfränk. Gesetzb. in v. Duve's Zeitschrift für Gesetzgebung u. s. w. im Königreich Hanover B. 1. Heft 2. not. 4. §. 8 — 16. 3) Die Dürftigkeit der Gesetze ist vorzüglich bei der Volksgesetzen sichtbar, welche unter Karl d. G. angefertigt wurden, weil vieles durch die Kapitularen erzeugt wurde.

b) Die Wahl bleibt zwischen zwei Hauptvölkern: Sachsen und Thüringen; zu jenen haben sie wohl nicht gehört, da die Lex Saxonum zu sehr von diesen Gesetzen abweicht. (Kraut: Ueber die Lex anglorum et warinorum in Falck Eranien zum deutschen Recht. Dritte Lieferung. S. 182.)

3) Die Thüringer würden das einzige Volk der fränkischen Monarchie gewesen seyn, welches entweder gar kein Rechtsbuch gehabt, oder dessen Gesetze nicht auf uns gekomwären.

4) In den ältern Handschriften kommt der Zusatz: i. e. Thuringorum vor. In der Handschrift, welche zu Corvey aufbewahrt wird, von der sich im Grupischen Nachlaß, in der Bibliothek des Oberappellationsgerichts zu Celle, eine Abschrift befindet, (Spangenberg, Beitr. zu dem Rechte des Mittelalters. Halle, 1822.

S. 179.) ist auch die Lex anglorum und warinorum befindlich; der erste Titel bis zum §. 12 hat die Ueberschrift: hoc est Thuringorum, ohne jedoch der Angeln und Wariner zu erwähnen.

Hiermit stimmen überein: Conring (de origine jur germ. Cap. XIII. p. 37.) er glaubt, daß das Rechtsbuch anfänglich die Ueberschrift Lex Thuringorum gehabt, nachher aber durch eine ungeschickte Hand noch jene Namen hinzugekommen sind.) Leibnitz, (scriptores rer. Brunsv. P. 1. p. 81.) Heineccius, (hist. jur. L. 2. c. 1. §. 12.) Manert, (Geographie der Griechen und Römer not. 28.) Weise, (Einl. in das deutsche Privatr. §. 10. not. 9.) Sachse, (Handbuch des großherz. sächs. Privatrechts. Weimar 1824. §. 15 — 18.) Mittermeier, (a. a. O.) Ortloff, (Gr. des deutsch. Privatr. §. 19. not. 15.) Eichhorn, (ger. Reichsgesch. §. 147.) Kraut, (a. a. O. S. 146.) der der Meinung ist, daß die Angeln und Wariner von den vorrückenden Slaven aus ihren Wohnsitzen verdrängt, sich nach Thüringen gezogen, und den Gauen Engelin (engelagowe) Waringave ihren Namen gegeben haben.

Das Gegentheil nehmen an: Westphalen (Praef. ad Tit. 1. monumentorum cimbricorum) p. 101.) Struv (hist. jur. c. 6. §. 4. p. 420.) Dreyer (de usu juris anglo—sax. in explicando jure cimbr. p. 114.) Biener (coment. P. 1. p. 90. §. 30.) Danz (Handbuch d. deutsch. Privatrechts, Th. 1. S. 39.) Rössig (Com. ad titulos r. priores legis anglorum et warinorum. Leipzig 1785.) Sie schreiben den Zusatz der Unwissenheit der Abschreiber zu, und zwar darum, weil 1) das Gesetz keine solche Ueberschrift gehabt haben könne, indem es sonderbar seyn würde, dem nämlichen Volke einen lateinischen und deutschen Namen zu geben: 2) es gegen die Geschichte laute, die Thüringer für Nachbarn der Anglen anzunehmen, zwischen Sachsen und Thüringern keine so nahe Verbindung gewesen sey, daß sie einerlei Gesetze gehabt hätten.

§. 11. (M. §. 2. not. 27.)

Das Rechtsbuch der Sachsen ist zu Carl des Gr. Zeiten verfertigt, obgleich früher eine Sammlung der Willkühren (Ewa Saxonum) vorhanden war.

1) Die Sammlung der Rechtsgewohnheiten eines deutschen Völkerstammes setzt immer eine besondere Veranlassung voraus (Eichhorn Reichsgesch. §. 30.) diese war hier

hier die Unterwerfung der Sachsen unter die fränkische Hoheit, welche unter Carl d. G. erfolgte.

2) Die Rechtsbücher der Friesen, Sachsen, Angeln, Wariner und Thüringer stimmen in Form und Inhalt, Latinität, Styl und Wendungen mit einander überein, so daß sie nach einem Plane gesammelt seyn müssen. [a])

a) Lex Sax. c. 2. vergl. Lex Ang. et Warin. Tit. 1.
— — Tit. 1. — — — — — Tit. 2 — 5.
— — Tit. 7. — — — — — Tit. 6.
s. Falck Eranien 3te Lieferung S. 138. not. 1.

3) Fremdes Recht ist nicht aufgenommen, und nur die Rechtsinstitute berücksichtigt, welche auf das Recht jedes besonderen Volkes sich beziehen, in Ansehung der übrigen, bei welchen es nach gemeinen fränkischem Rechte ging, würden sie durch Capitularen erzeugt.

(Capit. de part Sax. v. 788. Cap. Sax. v. 797.)

4) Aus der Ewa Saxonum, auf welche so viel Gewicht gelegt wird, folgt nicht das Gegentheil. Denn entweder ist sie eine Sammlung von Gewohnheitsrechten, oder vertragsmäßigen, auf dem Reichstage gemachten Bestimmungen, welche schon frühzeitig vorhanden waren. [a])

a) In der oben erwähnten corveischen Handschrift ist die Lex Saxonica bis zum 23 Artikel erwähnt. Ob nun diese aus der Ewa Saxon. genommen oder die Lex Saxonica ist, welche Wettekind von Corvey in seinen Annalen erwähnt, (in L. 1. p. 634. sagt er: de legum vero varietate nostrum non est in hoc libello disserere, quum apud plures inveniatur, lex Saxonica diligenter descripta) ist zweifelhaft. S. Spangenberg a. a. O. und Kraut a. a. O. S. 146.

Hiermit stimmen überein: Heineccius, (hist. jur. §. 34) Conring, (de origine jur. c. 13. p. 55.) Canciani, (Vol. III. inomita p. XII.) Eichhorn (a. a. O. §. 146.)

Dagegen nehmen Andere, als Maiborn, (Introductio ad Sax. infer. hist. p. 79.) an: daß es nach Carls d. G. Zeiten gemacht worden und dem dänischen Könige Herold zuzuschreiben sey. Grupen (in Praef. ad leg. sax. in Spangenberg. S. 191.) ist der Meinung: daß es zu der Zeit, wo die christliche Religion sich ganz ausgebreitet, doch nach dem Capitulare v. 780. argefertigt sey: dies ist auch die Meinung Mittelmaiers. Noch andere, als Lindenbroch, Struv, Brunquell, Westphalen, (Praef. ad tit. III. mon. cumb. p. 60.) Biener, (a. a. O. p. 77.) Rössig, (a. a. O. S. 44.) Danz, Handbuch des deutsch. Privatr. 1. S. 38.) nehmen an, daß es im 5ten oder 6ten Jahrh. in deutscher Sprache abgefaßt sey: indem Adam Bremensis (Inst. eccl. Lib. 1. c. 5.) dieses Gesetz erwähnt, die Sachsen, welche nach Brittanien übergegangen, schon geschriebene Gesetze hat-

ten, die sie aus ihrem Vaterlande mitbrachten, sich auch in den Kapitularen (Capit de part. Saxon. c. 33.) auf die Gesetze bezogen wird, und das Kapitulare v. J. 797 c. 10 die Ewa Saxon. erwähnt, endlich auch der Poeta anonymus ad ann. 808 bemerkt, daß Carl bei Unterwerfung der Sachsen erlaubt habe, nach ihren Gesetzen fortzuleben.

§. 12. (M. 12. not. 29.)

Das Rechtsbuch der Friesen ist in der Form, wie wir es jetzt haben, unter Karl dem Großen abgefaßt, obgleich früher eine Sammlung der Willkühre vorhanden war.

1) Sehr zweifelhaft ist es: ob zur Zeit Carl Martels die völlige Unterwerfung der Friesen unter die fränkische Herrschaft erfolgte, und hier die Veranlassung zur Sammlung der Gewohnheitsrechte gewesen sei.

2) Wenn gleich vieles in dem Rechtsbuche vorkommt, das Karl d. G. nicht zuzuschreiben ist, so folgt daraus noch nicht, daß die Abfassung früher erfolgte, indem bei derselben die Sammlung der Willkühre gebraucht wurde.

3) Die Zusätze von Ulmar, [a]) in welchen vieles vom Heidenthume vorkommt, beweisen noch nicht das Alter des Rechtsbuchs:

a) add. Tit. XII. Die christl. Religion kam von Britannien aus durch Willibrord im J. 691. zu den Friesen.

denn höchst wahrscheinlich ist die Sammlung v. Ulmar, (der vor Childebert lebte,) dann die von Saxmund erst nachdem das Rechtsbuch unter Carl d. G. gemacht, demselben hinzugefügt worden. Denn wären sie zu Karl d. Gr. Zeiten wirklich schon vorhanden, und der Sammlung einverleibt gewesen, so würden die Revisoren gewiß dafür gesorgt haben, daß das, was vom Heidenthume in demselben vorkommt, weggelassen worden.

Dieser Meinung sind Canciani, (barb. leg. Vol. III. in monil. p. XI.) Biener, (a. a. O.) setzt zwar die Abfassung in das 6te und 7te Jahrh., sagt aber am Ende: Codicem itaque legum frisicarum qualem hodie habemns a Carolo mag. fuisse confectum, puto. Eichhorn, (Reichsgesch. §. 144.)

Der entgegengesetzten Meinung ist Fricke (s. Dreyer Samml. vermischter Abh. P. III. not. 2. S. 1325.) welcher die Abfassung dem König Herold zuschreibt, sich stützend auf die Zeugnisse Albertus Stadensis v. 983. J. der sagt: ipse (nämlich Herold) transalpinis et frisorum genti leges et jura constituit; und Helmond (Chron. Slav. Lib. 1. c. 15.) Dagegen nimmt Ubbo Emius (Rerer. frison Lib. V. p. 70) an, daß es unter Carl Martel verfertigt sey, welche Meinung mit dem, was Fredegar von ihm bemerkt, nicht zu

vereinigen ist. Auch ist unrichtig, wenn Siccama (in Praef. ad leges frisior. p. 4.) behauptet, daß es unter Dagobert I. verfertigt sey, indem die Friesen diesem Könige nicht unterworfen waren. Mehrere, unter andern Ritter, Hofman und Danz sind der Meinung: daß es am Ende des 6ten Jahrhunderts oder zu Anfang des 7ten gemacht, unter Carl d. Gr. aber verbessert worden sey.

§. 13. (M. §. 2. not. 32.)

Die in der westgothischen Rechtssammlung enthaltenen römischen Rechtsbestimmungen sind nicht aus dem baierischen Rechtsbuche sondern aus den ältern Rechtssammlungen, vorzüglich aus dem breviario alariciano entlehnt, welches beiden zur Quelle diente.

1) Das baierische Rechtsbuch ist nicht älter (§. 9.) als das westgothische. Ueber das Alter des letzteren giebt es zwar verschiedene Meinungen [a]), die richtigere ist, daß es unter Sisenand † 636 zu Stande gekommen, ins gothische übersetzt, und im Concilio zu Toledo IV. (ohngefähr im Jahr 633 gehalten) bekannt gemacht wurde.

a) Die Meinung, daß es unter dem König Eyrich a. 464 oder 466 verfertigt sey, sich stützend auf Isidor, (Chron. ad XIV.) der sagt: sub hoc rege Gothi legum constituta scriptis habere, coeperunt, verdient keinen Beifall.

In der Inscriptio codicis gothici [b]) heißt es: Este libro su secho de Sensenta e reges obispos en o quanto Coveyo de Toledo ante presensia du Rey don Risnando anno tercerano que el regno en era de Segsocondor e ochento e un ano Rey Sisnandi.

b) Franz Pisa, Historico de la leudad de Toledo Lib. 1. 18. Biener, Coment. p. 108.

Isidor (Chron. ad an. 508. nach der spätern Zeitrechnung) ist zwar der Meinung, daß es unter König Eyrich zu Stande gekommen, fügt aber doch hinzu: daß es unter dem Könige Lewigild sehr vermehrt worden sey. Diese Vermehrung erfolgte wahrscheinlich durch das damals schon geltende breviarium alaricianum, und in der Folge erhielt die Sammlung Zusätze durch Chindeswind und Riceswind. Wollte man die Zeit der Entstehung weiter herunter setzen und annehmen, daß es unter der gemeinschaftlichen Regierung der beiden letztgenannten Könige (im Jahr 649 — 652) zu Stande gekommen, so läßt sich nicht erklären, wie das baierische Rechtsbuch in seiner Kindheit ein solches Ansehn in einem entfernten Lande hat erhalten können.

2) Die Uebereinstimmungen c) finden sich nur in den Stellen, welche **antiqua** überschrieben sind, nicht in andern Verordnungen, welche von den Königen herrühren.

c) Lex Visigothorum v. 5. 1. = Lex bajuv. Tit. 14. c. 1.
— — — 5. 3. = — — — 14. c. 2. 4.
— — — 4. 16. = — — — 15. c. 7.
— — — 4. 7. = — — — 15. c. 9.

In andern fast wörtlich gleich, nur in dem Ausdrucke verschieden.
Lex Visigothorum v. 4. 1. = Lex bajuv. Tit. 15. c. 8.
— — — 4. 8. = — — — 15. c. 4.
— — — 4. 9. = — — — 14. c. 8.

Unter antiqua sind aber Gesetze zu verstehen, welche die altgothischen Gewohnheiten und das ältere Recht, sonach das Breviarium zur Quelle haben. Warum hätten sich auch die Compilatoren um mehrere Sammlungen des römischen Rechts bekümmern sollen, während die einheimischen völlig genügten?

3) Das baierische Rechtsbuch enthält mehrere Stellen, die aus dem spätern römischen Rechte geschöpft sind, welche in der westgothischen Compilation **nicht** vorkommen: warum sollte man diese, wenn das baierische Rechtsbuch wirklich Quelle des westgothischen gewesen, nicht mit aufgenommen haben? Jenes läßt sich aber daraus leicht erklären, weil zu der Zeit, da das Rechtsbuch verfertigt wurde, zwar der theodosianische Codex und das breviar, nicht aber das justinianische Recht in Spanien galt: bekannt konnte es seyn, wie sich aus **Isidor** origines ergiebt, allein es war noch nicht in den Gerichten eingeführt, diente noch nicht zur Entscheidungsquelle, und konnte sonach nicht in das Rechtsbuch aufgenommen werden. Späterhin konnte die Aufnahme nicht geschehen, weil **Chindeswind** und sein Sohn den Gebrauch desselben verboten. (**Lex Visig.** Lib. II. Tit. 1. c. 9.)

Das Gegentheil nimmt v. **Savigny** (Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter Th. II. S. 89 u. f. f.) an. Seine Gründe sind: 1) spricht dafür die weit künstlichere und anspruchsvollere Abfassung des westgothischen Rechtsbuchs, wozu eine solche Compilation aus den Rechtsbüchern anderer, selbst entfernter Stämme, gar wohl paßt, anstatt

daß diese Art der Compilation bei dem baierischen Rechtsbuche unerklärbar seyn würde; so daß in demselben Anspruch auf Bildung, Beredtsamkeit, selbst auf Philosophie [d]), zugleich auch die ausschließliche Beherrschung des practischen Rechts sichtbar ist, indem jede Rechtssache aus dem Gesetzbuche selbst, und wenn dieses keine Bestimmung enthält, vom Könige entschieden werden soll; 2) daß mehrere Stellen des römischen Rechts, welche so zahlreich in dem baierischen Rechtsbuche vorkommen, besonders die welche aus dem justinianischen Rechte hervorgehn, nicht in das westgothische Rechtsbuch aufgenommen sind, läßt sich sehr leicht erklären, wenn man diese Meinung annimmt. 3) Das baierische Rechtsbuch ist weit älter als das westgothische.

d) Man kann es dahin gestellt seyn lassen: ob das westgothische Gesetzbuch einen so hohen Werth hat, welches Cujac ad feud. Lib. II. tit. II. und Gibbon Cap. 28 tit 6. p 379 annehmen, von Montesquieu XXVIII. 1. aber geleugnet wird.

§. 14. (M. §. 4.)

Es ist unrichtig, wenn angenommen wird, daß die allgemeinen Capitularen (capitularia generalia) für alle, der fränkischen Herrschaft unterworfene Staaten, verbindlich waren.

Die auf der allgemeinen Reichsversammlung gemachten Kapitularen waren zwar für alle der fränkischen Herrschaft unterworfene Staaten verbindlich, nicht aber für das lombardische Reich und für die vormals griechischen Lande, (Rom und das Exarchat) welche ihre besondere Verfassung hatten. Das Capitular v. Jahr 824 c. 4. steht nicht entgegen, indem es blos die Art der Bekanntmachung bestimmt. Nur in Ansehung der auf den Concilien gemachten Kirchengesetze ist eine Ausnahme vorhanden, dies läßt sich aus der Einheit der gesammten Kirche und aus den ältern gemeinschaftlichen Quellen erklären.

Hiermit stimmen überein: Muratorius (scriptores T. 1. P. 2. Praef. 2.) Canciani, (Leges barbar. Vol. III. p. 129. 130. 134. 135.) v. Savigny, (Geschichte des röm. Rechts Th. 1. S. 144.)

Das Gegentheil behaupten die meisten Rechtsgelehrten: Baluz, Struv, Heineccius, Biener, (Com. P. I. Lib. II. p. 163.) Rössig, (Geschichte des deutsch. Privatr. S. 85. §. 7.) Danz, (Handbuch d. deutsch. Privatr. Th. 1. S. 57.) Eichhorn. (Reichsgeschichte Th. 1. §. 149.)

§. 14. b. (M. §. 4. not. 5.)

Daß Karl der Große eine Sammlung der altdeutschen Gesetze hat veranstalten wollen, ist unerweislich.

Es widerstreitet dem ganzen Geiste der damaligen Gesetzgebung, annehmen zu wollen, daß Karl d. Gr. eine solche Absicht gehabt hat; überdies hatte jedes Volk sein eigenes Recht, und brauchte die Rechte anderer nicht zu kennen; jene waren in einzelnen Codices vorhanden, daher sagt Poeta: (bei Leibnitz T. 1. p. 168.) cunctorumque sui regni leges populorum collegit, pluresque inde libros faciens.

Hiermit stimmen überein: v. Senkenberg, (visiones p. 20.) Danz, (Handbuch d. deutsch. Privatrechts, Th. 1. S. 46.) Biener, (Com. P. 1. Lib. II. §. 49.)

Das Gegentheil nimmt an Fischer (Literatur des germanischen Rechts S. 21.)

Anmerk. zum §. 3. not. 7. des Mittermaiers. Daß Bendictus Levita, der Verfasser der Pseudoisidorischen Decretalsammlung gewesen, wird zwar von Spittler (in der Geschichte des canonischen Rechts, S. 250 — 54.) und von Eichhorn (Reichs- und Rechtsgesch. Th. 1. §. 153.) auch von Türck, behauptet, mit Recht aber von Dürr (de suffrag. episcop. germaniae Mog. 1782. §. 1. not. c.) Biener (Com. P. 1. Lib. II. S. 118.) und Walter (Lehrbuch d. Kirchenrechts, §. 45.) widersprochen. Hincmar (Erzbischof zu Rheims) behauptet in opus c. 24. daß Riculf, Bischof zu Mainz, derjenige gewesen, der sie in Gallien verbreitet hat, dieser ist aber schon 814. gestorben. J. A. Theiner de Pseudo-Isidoriana can. collect. Vratisl. 1827. ist der Meinung, daß sie ein römisches Fabrikat sei; s. a. Eichhorn Grundsätze d. Kirchenrechts (Göttingen 1831,) S. 154. — Die Universität Göttingen hat im Jahr 1831 die Frage: Wer der Verfasser dieser Sammlug gewesen? zur Preißfrage ausgesetzt.

§. 15. (M. §. 5.)

Die Rechtsbücher der alten deutschen Völker und die Kapitularen haben im Mittelalter ihr gesetzliches Ansehn verloren.

1) Durch die veränderte Staatsverfassung, vorzüglich durch den Verfall des Heerbanns, (Möser, osnabrük. Geschichte Th. 2. S. 154.) mußten nothwendig die Gesetze, welche auf die ältern Einrichtungen gestützt waren, ihr Ansehn verlieren.

2) Mehrere von den Völkern, für welche die Rechts-

bücher gegeben waren, erloschen in der Folge. Bei andern Völkern konnte wegen der veränderten Einrichtungen, Sitten und Gebräuche, das gesetzliche Ansehn nicht aufrecht erhalten werden.

3) Nach dem Absterben des Carolinger-Mannstammes wurde von den fremden Rechten schon mehr Gebrauch gemacht, auch nach Gewohnheits- und Schöffenrechten entschieden, und auf die ältern Gesetze wenig mehr Rücksicht genommen. [a])

a) Einzelne Fälle beweisen nicht das Gegentheil. So beriefen sich Arnulfs Söhne gegen die Anmaßung Otto's auf die Unverletzlichkeit d. baierischen Gesetze Aventiri annales boj. C. 1. p. 489. So wies Henrich den Sohn des nordgauischen Markgrafen Berthold Hezilo, der um die Belehnung mit der baierisch. Herzogswürde bat, mit der Antwort zurück: Die Bojer haben ihr Gesetz.

Adelbod de vita Henrici sancti in Ludewig script. rer. bamb. p. 694.

4) Nicht einmal zum Beweise eines Gewohnheitsrechts sind sie mehr zu gebrauchen.

5) Wenn gleich manche Rechtsinstitute und Rechtsbegriffe, welche in denselben enthalten, annoch gelten, so kann doch deren Gültigkeit nicht aus den Rechtsbüchern und Kapitularen abgeleitet werden, sondern blos aus den neuern Gesetzen, in welche sie aufgenommen sind.

Hiermit stimmen überein: Geisler (sciagraphia jur. ger. privati §. 58. Gött. 1783.) Heuman (Geist der Gesetze d. D. K. 9. §. 3.) Struben (Nebenstunden Th. V. S. 1 — 13.) Pütter (Rechtsf. 1. S. 157.) Runde (Gesch. des deutsch. Privatr. §. 20.) Danz (Handbuch Thl. 1. S. 67.) Eichhorn (Einl. zum deutsch. Privatr. §. 32.)

Das Gegentheil nehmen mehrere, vorzüglich v. Senkenberg (in der Abh. Gedanken von dem jederzeit lebhaften Gebrauche des uralten deutschen bürgerlichen und Staatsrechts Frankf. 1759) an.

§. 16. (M. §. 6.)

Der Sachsenspiegel ist zu Anfang des dreizehnten Jahrhunderts verfertigt.

1) Daß Eicke von Repgow der Verfasser des Sachsenspiegels gewesen, kann als erwiesen angenommen werden. (Knorre, Praef. de Eikone de Repkow sp. sax. conditore von der Histor. jur. Hal. 1746.) Dieser kommt vor in einer Urkunde des Grafen Hoyer von Fal-

kenstein im Jahr 1215. (Beckman hist. anhalt. P. III. p. 312.) und in einer andern, vom Jahr 1219. (Leuckfeld antiq. Preld. p. 288) als Schöffe der Grafschaft Dornberg, in einer Urkunde des Markgrafen Johann und Otto von Brandenburg v. Jahr 1233. (Kettner antiquit. Quedl. p. 219. 254. 256. Bruns Beitrag zur kritischen Bearbeitung unbenutzter alter Handschriften St. 1. S. 121.)

2) Ergiebt sich solches aus dem Inhalte. So wird unter andern in B. 1. Art. 3. gesagt:

„Ob nuhn wol der Bapst erleubet hat sich mit einander zuvorheiraten in dem fünften Grad, so mag er doch kein Recht setzen, da er unser Land- und Lehnrecht nit endern oder krenken möge."

Dies bezieht sich auf die Verordnung Pabst's Innocenz III. v. Jahr 1215. (Cap. X. de consang.)

So erklärt die Glosse den im Buch III. Art. 62. angeführten Umstand, daß hier das Herzogthum Braunschweig und Lüneburg nicht als Fahnenlehn aufgeführt wird, dahin:

„damit, da dieses Recht gegeben worden, haben die von Braunschweig das Kaiserreich gehabt, und ihre Herrschaft vor eigen gehalten."

Sonach muß das Rechtsbuch vor 1218. unter Otto geschrieben seyn.

Sodann wird im B. III. Art. 57. der König von Böhmen, Erzschenk genannt, nun aber war dem Herzoge von Baiern vor dem Jahr 1231 das Erzamt übertragen und erst unter Rudolph I., König von Böhmen, erhielt solches Braunschweig.

Wenn nun gleich als ausgemacht anzunehmen ist, daß der Sachsenspiegel im XIII. Jahrh. verfertigt wurde, so läßt sich doch nicht genau das Jahr bestimmen. Einige nehmen daher das J. 1231. 1235 an, als: Conring, (de orig. jur. germ. c. 130.). Andere das J. 1218. wie Grupen, (observat. 129. 130.) Runde, (Gesch. d. deutsch. Privatrechts §. 29. und in Anmerk. zum Buri

S. 39.) Rössig, (Gesch. d. d. Privatrechts S. 129. §. 5.) noch andere das J. 1247. wie Heineccius, (Hist. jur. Lib. II. p. 938. §. 74.) und Silberad, (ad Heinecc. hist jur. II. 930.) Höchst wahrscheinlich ist er zwischen den Jahren 1215 — 1218 verfertigt. Ayren (de aetate sp. sax spec. suevico antiquioris. Göttingen, 1742.) und Eichhorn (Rechtsgesch., Th. II. §. 279. [a])

a) Daß der Sachsenspiegel v. Friedrich II. auf d. Reichstag zu Merseburg im J. 1213. bestätigt werden, wie Spangenberg im Chron. Sax. c. 247. annimmt, ist unrichtig. Biener a. a. O. p. 276. not. 13. Fischer welcher auch der Meinung ist, beruft sich auf Gothofred colonens. welcher bei dem J. 1234. bemerkt (Freher T. I. Ss. rer. germ. p. 400.) pax uratur, vera jura stabiliuntur, nova statuuntur, et teutonico sermone in membrana scripta omnibus publicantur; allein hieraus ergiebt sich dies nicht.

Die entgegengesetzten Meinungen, wovon die eine dahin geht (sich auf die Vorrede zu den oldenburgischen Codex v. Brand v. Lorstade stützend,) daß Carl d. Gr. um's im J. 811. die gewillkührten Rechte der Sachsen in einem Privilegium in lateinischer Sprache bestätigt habe, welches Eicke ins Deutsche übertragen und mit andern Verordnungen Otto d. G. und Friedrich's vermehrte, vertheidigt Danz (Handb. 1. S. 95.); eine andere, daß das Rechtsbuch schon 1190. gemacht worden, nimmt unter andern Weiske (Abh. aus dem Gebiete d. deutsch. Rechts; Abh. 2. Ueber die Zeit und Verf. des Sachsenspiegels.) (Er ist hinlänglich widerlegt in d. Recension s. Ergänzungsblätter d. allgem. Literatur 1830. Dec. S. 922.)

§. 17. (M. §. 6.)

Der Sachsenspiegel ist ursprünglich in lateinischer Sprache niedergeschrieben, nachher von dem Verfasser ins Deutsche übersetzt worden.

Denn 1) sagt Eicke in der Vorrede:

Das ime was vil imgedacht
Da erz an Latein hatte gebracht
ane Helfa und une Lere,
da duchte in daz zu schwere
Das erz an dunh wante.

Daß diese nicht von Eicke herrühre, wie Grupen (in Spangenberg Beitr. S. 24.) behauptet, ist eben so wenig anzunehmen, als daß Eicke vom Grafen Hoyer beauftragt worden, die sächsischen Rechte, welche in lateinischer Sprache vorhanden, ins Deutsche zu übertragen.

2) Beweisen dies mehrere Codices. Im Codex Jenensis vom Jahre 1410 heißt es:

Hie beygynet dy Vorrede, do Eycke van Repikow durch Graven Hoyer willen von Falkenstein dis Buch, der Sachsenspiegel hatte gesetzt in Latein us dem Privilegium, als der römische Kaysere hatten gegeben dem Land zu Sahsen, damach satzte her daz en deutsch.

In dem Codex Moguntinus vom Jahre 1421 wird in der Vorrede bemerkt:

Do Eycke von Repgow durch Graven Hogyrs willen van Falkenstetn ditz buch der Sachsenspiegel hatte gesetzt in Latein uz den Privilegium, die dem Lande zu sachsen waren gegeben.

3) Zur Zeit Eickens waren die Gesetze und Weisthümer in lateinischer Sprache geschrieben, und wenn es nicht unwahrscheinlich ist, (§. 18.) daß Eicke solche benutzte, so war es sehr natürlich, daß, da die Quelle lateinisch, er auch in lateinischer Sprache sein Werk niedergeschrieben, um so mehr, weil sie die gelehrte Sprache war.

Dieser Meinung sind Conring (de orig. jur. germ. c. 30. p. 181.) Brunquell (Hirt. jur. P. IV. c. 6. §. 6.) Gärtner (in Praef. ad. spec. Sax. §. 8) Heineccius (Hist. juris ed. Ritter p. 943.) Rössig Geschichte d. d. Privatr. S. 126.) vorzüglich Eichhorn (Reichs und Rechtsgesch. Th. II. §. 279. S. 663.)

Dagegen aber nehmen unter andern Schilter, (Exerc. ad Dig. XXIII. §. 63. 64.) Sincerus, (Kulpis Diss. epist. §. 16.) Thomasius (in select capit. hist. jur. feud. §. 58. p. 61.) Struv, (Historia jur. C. 6. §. 22.) Hofman, (Specim. conjut. polit. S. 1. §. 2.) an, daß Eicke blos angefangen habe, das Werk in lateinischer Sprache niederzuschreiben: Dreyer, (Beitr. zur Geschichte und Lit. des germani. Rechts St. 1. 2. 3. S. 159.) daß nicht Eicke, sondern der Graf Hoyer von Falckenstein der Verfasser des lateinischen Urtextes gewesen, Eicke aber solchen ins Deutsche übertragen habe, sich auf den Soester Codex stützend, wo es heißt:

Greve Hoyer von Valckenstein opposuit textum, Eycke von Repgowe fecit glossam.

Dagegen behaupten andere, daß er in deutscher Sprache niedergeschrieben sey: als Grupen, (in Spangenberg Beitrag zum deutschen Recht S. 19.) Selchow, (Geschichte der Rechte S. 291.) Biener, (com. de orig. P. II. Vol. I. p. 208.) Danz, (Handb. S. 93. Th. 1.) Weiske, (Grundsätze des deutschen Rechts nach dem Sachsenspiegel. 1828. S. 17.) Mittermaier, (a. a. O.) Ihre Gründe sind: 1) ist nicht mit Gewißheit der lateinische Urtext anzugeben: 2) der lateinische Text enthält sehr viele Fehler. 3) Elenkock hat in seinem Werke decadion contra errores speculi Saxonici (abgedruckt nebst der Bulle des Pabstes, worin einige Artikel gemißbilligt werden: Kind de articul. reprobatis sp. sax. Lips. 1761. Spangenberg Beitr. S. 94. Scheidt

lib. historic. Goett. T. 1. 1758. p. 63.) alle Stellen in deutscher Sprache angeführt.

4) Die Praefatio rhytmica, (s. 1.) welche zur Unterstützung der entgegengesetzten Meinung angeführt wird, könne darum nichts beweisen, weil sie Eicken nicht zum Verfasser habe, und auch selbst der Glossator Bach, ein Zeuge von der besten Kundschaft, sie nicht als Eickens Arbeit erkannt habe, sie auch in den ältern Handschriften, oldenburgischen, hamelschen und lübeckschen fehle.

§. 18.

Welche Quellen Eicke bei Bearbeitung des Sachenspiegels benutzte, kann mit Gewißheit nicht angegeben werden.

Daß Eicke nicht blos aus Fülle eigner Erfahrungen und Belehrungen rechtskundiger Männer zum Unterricht für andere geschrieben und nicht blos eine Arbeit überarbeitet oder glossirt, oder eine Reihe gesammelter Materialien zusammengesetzt hat, ist sehr wahrscheinlich: aber welche Quellen er benutzte, ist zweifelhaft: daß ihn die altdeutschen Gesetze und Kapitularen unbekannt waren, ist zu vermuthen, auch mag er die Reichsgesetze nicht unmittelbar vor Augen gehabt, und das römische und canonische Recht nicht aus eigner Kenntniß benutzt haben. Dies ergiebt sich aus folgenden Gründen.

1) Eicke sagt in der Vorrede:

Dieses Recht habe ich selber nicht erdacht, es haben von Alters auf uns gebracht unsere guten Vorfahren.

2) Im Sachsenspiegel kommt keine Stelle vor, welche man für einen Auszug eines alten Gesetzes oder Kapitular halten kann; auch läßt sich daraus, weil es in B. 1. Artikel 18. heißt: die Sachsen hatten wider Willen Karl's d. Gr. dreierlei Rechte gehabt, ohne der Gesetze zu erwähnen, welche sie durch ihn bekommen haben, folgern, daß er keine Sammlung der sächsischen Rechte gekannt habe.

3) Daß er die Reichsgesetze nicht vor Augen gehabt, ergiebt sich aus den Artikeln des Sachsenspiegels, welche die Gegenstände der Constitution Friedrich's I. über den Landfrieden abhandeln; vergleicht man den §. 8. des Landfriedens mit B. 2. Art. 2. d. Sachsenspiegels, so ersieht

man daraus, daß letzterer nicht die Gestalt eines Excerpts hat, sondern vielmehr als eine freie Bearbeitung anzuschauen ist.

4) Aus dem römischen Recht kommen zwar einige Bestimmungen vor, als im B. 2. Art. 56. u. 63., allein diese sind eher als Glossen anzusehn.

5) Das Magdeburger Weichbild kann er nicht als Quelle benutzt haben, denn zu damaliger Zeit ist kein geschriebenes Schöffenrecht so vollkommen gewesen, daß es zu irgend einer Arbeit der Art benutzt werden konnte. Daß er aber Kenntniß der schriftlichen Weisthümer gehabt, ist nicht unwahrscheinlich, auch kannte er die Sammlungen der Gewohnheitsrechte der Völkerstämme, die ihm am nächsten waren. Im B. 3. Art. 64. bemerkt er, daß er auf die Rechte der Hollsteiner keine Rücksicht genommen. (Westphalen monum. med. T. III. Praef. p. 35. s. d. Falck, Handbuch des schlesw. Rechts B. 1. S. 405.)

Eichhorn (Reichs- und Rechtsgeschichte Th. 2. S. 669. u. 672.) stimmt hierin im Ganzen überein.

Andere dagegen behaupten, daß Eicke bestimmte Quellen benutzt habe. Heineccius (hist. jur Lib. II. §. 75. p. 938.) und Gärtner (in der Ausgabe d. Leg. Sax. und Frison.) sind der Meinung, daß er die alten sächsischen, friesischen, angelsächsischen, fränkischen, und normannischen Rechtssammlungen, so wie das römische und canonische Recht bei der Bearbeitung gebraucht habe; Grupen, (in Spangenberg Beitr. S. 19 und 20.) und Rössig, (Geschichte des deutschen Privatr. §. 6. S. 130) nehmen an, daß er aus den Kapitularen, sächsischen Rechten und notitiis judicatorum, und letzterer insbesondere aus den sogenannten Pfalzgesetzen geschöpft habe; Schmidt, (Geschichte der Deutschen B. 2.) daß er die Entscheidungen aus Orthalien benutzte, Biener, (Com. Lib. II. §. 21. p. 265.) daß er das magdeburgische Recht, welches schon im 13. Jahrh. vorhanden, gebrauchte. S. n. Danz a. a. O. §. 16. am Ende.

§. 19.

Daß der Papst Gregor XI. den ganzen Sachsenspiegel als ketzerisch verdammt habe, ist unrichtig.

1) Daß die Bulle vom Papst Gregor XI. gegeben, ist unbedenklich, indem es am Ende heißt: datum Avinione VI. Id. April Pontificatus nostri An. III. obgleich Heineccius (in Historia jur. Lib. II. §. 79.) das Ge-

gentheil annimmt. S. dagegen Scheidts, (Untersuchung: ob das allgemeine Vorgeben, daß der Sachsenspiegel auf der Kirchenversammlung zu Basel als ketzerisch verdammt worden sey, Grund habe? in den hannöv. Anzeigen v. J. 1753. St. 84. und Schott jurist. Wochenblatt v. J 1773 not. XXI. S. 577.)

2) Daß auf dem Concilio zu Basel die Artikel verworfen worden, wie Mehrere unter andern Gryphiander (in Tract. de Weichbildis saxonicis c. 47. not 4.) anführt, ist nicht zu erweisen, eben so wenig, daß es Buksdorff, (Burgsdorf) der zur Zeit der Kirchenversammlung lebte, behauptet hat.

3) Aus dem Codex gött. ersieht man, daß Elenkok ein Augustinermönch und Professor der Theologie der wahre Ankläger des Sachsenspiegels bei dem Papste gewesen, auch den Cardinal Peter de Vernis, (dessen Lehrer er vielleicht war) inständigst gebeten, den Papst dahin zu bewegen, XXI. Artikel zu verwerfen. In der Bulle selbst ist das Verdammungsurtheil blos über XIV. ausgesprochen. [a]) So nach ist ganz unrichtig, was Conring (de orig. jur. c. 31. p. 144.) Gärtner u. a. behaupten, daß der gange Sachsenspiegel verworfen worden.

[a]) v. Jahr 1373 bei Goldast: im Anhang zum Sachsenspiegel von Gärtner. S. dagegen Kind, Diss. de reprobatis spec. saxonici articulis Lpz. 1761. Biener. (de origine et progr. leg. Vol. I. Lib. I. p. 272. not. 7.)

4) Wenn gleich diese Bulle an Karl IV. vom Papst zur Vollziehung übersandt wurde, (wie Goldast in praef. leg. et consuet. germ. annimmt) so ist wahrscheinlich letztere unterblieben, indem man zum wenigsten keinen großen Nachtheil bemerkt, welchen diese Bulle hervor gebracht. Der König von Polen Alexander war fast der Einzige, der diese Artikel verbot.

(Joh. de Lasco in communi incliti regni Poloniae privilegio c. 1. Fol. CLXXIV. a.) s. a. sächsische Hofgerichtsordn. v. 1493.

§. 20. (N. 6.)

Der Schwabenspiegel ist ein durch mehrere Zusätze veränderter Sachsenspiegel, und keine besondere Sammlung deutscher Rechtsgewohnheiten.

Die meisten Rechtsgelehrten nehmen das Gegentheil an, sind aber selbst wegen der Zeit der Anfertigung und des Verfassers nicht einerlei Meinung. In Rücksicht jener nehmen Conring, (de orig jur. c. 30. p. 185.) Brunnquell, (hist. jur. P. IV. c. 6. §. 123.) Bayer, (ad Dig. Lib. 1. Tit. 2. §. 373.) Thomasius, (hist. jur. §. 111. 112.) an, daß er von Ludwig dem Baier verfertigt werden, Biener, (de orig. et prog. l. Vol. 2. Lib. 2. p. 291.) Ortloff, (Grundzüge d. Systems d. deutschen Privatr. S. 20.) die Zwischenjahre 1250 — 1282. Lambercher (in Diss. epit de aet. spec. Vien. 1759.) das Jahr 1282., dem auch Gonne (D. de com. sp. Suev. Erl. 1757. p. 8. lit. d) beitritt. v. Selchow (Geschichte der Rechte §. 299.) nimmt dagegen das Jahr 1268. Rössig, (Geschichte des deutschen Privatr. S. 145) die Jahre 1268 — 1282. Ayrer (de aetate sp. suev. Goett. 1742) die Jahre 1253 — 90. Heineccius, (hist. jur. Lib. II. §. 70. p. 965.) die Jahre 1250 — 90. Die Gründe, welche angeführt werden, sind: 1) der Streit zwischen dem Papst Innocenz III. († 1216) und Otto IV. wird als eine längst vergangene Sache in Lib. I. 348. erwähnt. 2) Die Decretalen, welche in Lib: 1. 5. angeführt werden, sind von 1235. 3) Friedrich II. starb 1250; die Verrätherei gegen denselben wird als eine kurz vorgefallene Sache erwähnt. (Schannat in der Ausgabe des Schwabenspiegels §. 144. S. 253.) 4) Das Erzschenkenamt wird den Herzogen von Baiern beigelegt, welche seit dem Jahr 1231 mit dem Könige von Böhmen darüber stritten, bis Rudolph I. im Jahr 1290 darüber entschied.

In Rücksicht des Verfassers sind Mehrere der Meinung, als Biener, Rössig, daß er ein Geistlicher gewesen, indem viele biblische Stellen vorkommen; Gaupp (Schleß. Landr. 3. S. 286.) nimmt an, daß der Schwa=

benspiegel einen bestimmten Verfasser gehabt habe: S. Finsler (Abh. in den Eranien zu dem deutschen Recht 2e Liefr). Aus weit bessern Gründen nehmen Lahr (in praefat. ad sp. alem. bei Senckenberg in corp. jur. T. 2. §. 18.) Grupen (Spangenberg Beitrag S. 90.) und Eichhorn (Rechtsgeschichte Th. 2. S. 678) die oben angeführte Meinung an. Denn

1) finden sich in beiden Spiegeln die größten Uebereinstimmungen. (Hofman de orig. leg. germ. p. 135.) Die Verschiedenheit betrifft: a. den Inhalt, indem in Schwabenspiegel die Glosse mit in Text aufgenommen, Meinungen der Geistlichen, Stellen aus der Bibel, dem römischen und canonischen Rechte, und aus den Rechtsbüchern; dann b. die Anordnung und Stellung der Artikel, so daß keine Abtheilungen in den Büchern vorhanden, sondern nur das Land= vom Lehnrechte getrennt ist.

2) Sind keine übereinstimmenden Handschriften vorhanden, weil die Glosse sehr verschieden ist, und von verschiedenen Verfassern herrührt.

3) Läßt sich weder ein bestimmter Verfasser angeben, noch ist die Zeit der Abfassung auszumitteln. Dieß letztere ersieht man auch aus den Handschriften: indem es in denselben bald heißt: Nach Christus gepurdt ist die gewis zal tausend jar zwei hundert Jahr und zwei und achtzig Jahre, da dies puch geschrieben. (Senckenberg Visiones p. 83. 99.) bald, wie in der Basler Handschrift — wart es gemacht und vollbracht zu Nuremberg in eyn berufenen Hoff da man zahlt von Gottes geburt zweihundert und acht und achtzig Jahre 1288 (nicht 1208, denn in diesem Jahre wurde kein Reichstag in Nürnberg gehalten s. Werlhofius in spec. II. jur. quo germanici utimur p. 171.) Diese verschiedenen Angaben beweisen schon hinlänglich, daß keine bestimmte Zeit angegeben werden kann.

4) Die Namensverschiedenheit beweist nicht das Gegentheil: denn der Name Schwabenspiegel rührt von Goldast (s. Vorrede zu den Reichssatzungen Th. 1. 1609 Th. 2. 1613) her.

§. 21. (M. §. 6.)

Das Kaiserrecht steht zum Schwabenspiegel in dem nämlichen Verhältnisse wie der Richtsteig, Land- und Lehnrecht zum Sachsenspiegel: die Zeit der Abfassung fällt zu Ende des dreizehnten, oder zu Anfang des vierzehnten Jahrhunderts.

Daß das Kaiserrecht 1) kein selbstständiges besonderes Werk ist, ergiebt sich aus dem Inhalte, denn in mehrern Stellen heißt es: „es steht geschrieben," oder: „wie es geschrieben steht." Es nimmt daher der Verfasser auf ein Rechtsbuch Rücksicht, dessen einzelne Artikel bald unter Voraussetzung der Kenntniß ihres Inhalts commentirt und glossirt sind, bald nur in einem kurzen Auszug vorgetragen werden, nur Weniges ist als eigene Arbeit des Verfassers anzusehn. Daß nun 2) das Rechtsbuch, welches der Verfasser vor Augen hatte, kein anderes als der Schwabenspiegel gewesen, ergiebt sich aus der Vergleichung mit demselben. So stimmen die Art. § 113. §. 8., dann der Art. 312. des Schwabenspiegels mit dem Kaiserrechte Th. 2. Art. 36. 37., der Art. 135. des Schwabenspiegels mit dem Th. 2. Art. 110. des Kaiserrechts überein. u. s w. Der Verfasser hat also nicht eine Sammlung der Kaiserrechte, sondern E i c k e n s Arbeit vor Augen gehabt, nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt, sondern so wie sie im südlichen Deutschland im Umlauf war. 3) So wie der Richtsteig, Land- und Lehnrecht eine besonders gesammelte Glosse ist, worin gezeigt wird, wie die im Sachsenspiegel enthaltenen Grundsätze vor Gericht anzuwenden, so ist dies das nämliche mit dem Kaiserrecht in Rücksicht des Schwabenspiegels, denn sein Hauptinhalt bezieht sich auf das gerichtliche Verfahren, nach den im letztern enthaltenen Bestimmungen. 4) Da das Kaiserrecht ein Auszug des Schwabenspiegels ist, so ist er auch später verfertigt, zu welcher Zeit aber? läßt sich nicht mit Gewißheit bestimmen. [a])

a) So kommen in P. IV. c. 1. Bestimmungen vor, welche aus einem Privilegio R u d o l p h s I. entlehnt sind, so werden Befreiungen von Abgaben der Bürger der Reichsstädte erwähnt, welche v. Jahr 1291. herrühren; G o l d a s t Reichssatzungen S. 314, so wird sich in P. IV. c. 17. bei Bestimmung der Pubertät auf das cap. 1. de regul et trans. ad religionem in 6to bezogen, welches Decretal von Innocenz IV. im

Jahr

Jahr 1256 gemacht worden ist. — Die Uebereinstimmung des Kaiserrechts mit dem Elmenhöster Hofrecht, welches aus dem 13ten Jahrh. herrühren soll, hat Möser (in der osnabrückschen Geschichte Th. 3. S. 143.) gezeigt.

Daß es nicht aus frühern Zeiten, als aus dem 13. Jahrh. herrührt, ergiebt sich schon aus der Anordnung des Ganzen und Absonderung des Land= und Lehnrechts, welche im Mittelalter gewöhnlich war.

5) Der Verfasser ist ganz unbekannt.

Diese richtige Meinung hat vorzüglich Eichhorn (Rechtsgeschichte Th. II. §. 283) vertheidigt.

Mehrere (s. die verschiedenen Meinungen in Schröter's vermischt. Abh. B. 1. S. 1—25.) aber nehmen das Gegentheil an und betrachten das Kaiserrecht als ein vom Schwabenspiegel ganz verschiedenes Werk. Nur in Ansehung der Zeit seiner Entstehung sind die Meinungen getheilt, indem Biener, (a. a. O. Vol. II. Lib. II. §. 20.) Mittermaier, (a. a O. not. 8.) das 13. Jahrh Grupen, (observ. rer. et. antiq. jur. germ. p. 481) das 14. Jahrh. annehmen, welcher letzterer darüber mit Senckenberg in Streit gerieth, (Schott unpartheiische Kritik 1. 709.) indem dieser behauptete, (praef. corp. jur. feudal und in visionibus de coll. leg. germ. c. 3) daß es unter Conrad I. verfertigt sey, sich auf den Richtsteig, landrecht pag. II. c. 16. berufend, wo es heißt: dye andere Morgengabe dye haysset in Kayserrecht brachliche multigkeit dye meint er byedige behellet dye Frau. b)

b) Dieser Grund ist ganz hinfällig, indem die wenigsten Handschriften diese Stelle enthalten, überdies Kaiserrecht in verschiedenen Bedeutungen vorkommt.

Wicht, (Vorbericht zum ostfries. Landrecht §. 22) v. Selchow, (Geschichte d. Rechts §. 305.) Schott (a. a. O. S. 862.) Walch, (hist. jur. germ.. P. II. p. 399.) Rössig, (a. a. O S. 149.) sind der Meinung, daß die Zeit der Verfertigung zwischen den Sachsen- und Schwabenspiegel zu setzen sey, indem er mehr römisches Recht als der Sachsenspiegel, und doch nicht so viel als der Schwabenspiegel enthalte, auch die Methode des römischen Rechts gewisser Maaßen mehr nachahme, als der erstere. c)

c) Durch besondere Bearbeitungen wurde das Kaiserrecht mehr modificirt, wie sich aus einer Vergleichung der Ausgaben von Sencken=

berg, (corp. jur. germ. T. 1. P. 1 .p. 1—124) mit dem Codex Uffenbachianus (in Senckenberg a. a. O. mantissa docum. p. XCVIII.) und andern Handschriften ergiebt: als den zu Köln, Ulm, Osnabrück, Wolfenbüttel, Heidelberg. — Das von Thomas (System aller fuldaischen Privatrechte B. 1. S. 7 — 10.) angeführte Manuscript eines Rechtsbuchs von 1372 ist eine bisher unbekannte Handschrift des Kaiserrechts.

§. 22. (M. §. 8.)

Der sogenannte vermehrte Sachsenspiegel ist von dem schlesischen Landrecht wesentlich verschieden. a)

a) J. E. Böhme (Oekonomie=Director bei dem preuß. Minister von Münchhausen auf dem Rittergute Hermengotesstadt bei Eckartsberga in Thüringen) machte ein Rechtsbuch bekannt, (diplomatische Beiträge zur Untersuchung der schlesischen Rechte und Geschichte Th. 1. 2. Berlin 1771. 1772. 4.) bei dessen Herausgabe er einen brieger, liegnitzer und oppelschen Codex benutzte, mit dem Namen jus provinciale Saxonicum. Dieses Rechtsbuch hielt er für das auf Befehl d. K. von Böhmen im Jahr 1346 für Schlesien bekanntgemachte Landrecht, zu welchem Irrthum er durch eine von Krantzen hinterlassene Nachricht veranlaßt wurde.

Wenn gleich Biener, (a. a. O. P. II. Vol. I. p. 312.) Eichhorn, (Rechtsgesch. II. S. 694.) Vater, (syst. Repertorium der pr. schlesischen Verf. B. 1. S 40. u. Abhandlung über die heutigen Grenzen der behaupteten Gültigkeit des Sachsenspiegels. Breslau, 1818. §. 13.) das Gegentheil annehmen, und die böhmesche Meinung vertheidigen, so ist doch die entgegengesetzte, welche schon Klose gleich bei der Erscheinung der böhmeschen Ausgabe bekannt machte, (neue literar Unterhaltungen 2 Stück 1774. S. 67. er nennt es einen Zwitter von magdeburgischen Rechten und Sachsenspiegel,) und neuerlich von Nietzsche, (Jenaer Literaturzeitung 1829. St. 5.) Schweickart, (in Kamptz Jahrb. der pr. Gesetzgebung Heft 52) vorzüglich von Gaupp, (das schles. Landrecht oder eigentlich des Fürstenthums Breslau v. J. 1356. an sich und im Verhältniß zum Sachsenspiegel dargestellt. Leipzig 1828.) Mittermaier (a. a. O.) und Ortloff (a. a. O. S. 22.) vertheidigt wird, die richtigere. b)

b) Das schlesische hier erwähnte Landrecht ist noch ungedruckt. Gaupp ist der Meinung, daß es 1356 verfertigt und ursprünglich nicht für ganz Schlesien, sondern blos für das Fürstenthum Breslau bestimmt gewesen sey. Das Landrecht stimmt mit dem Sachsenspiegel überein, hat aber 17 Kapitel im Anhange, welche schlesische Particularrechte

enthalten. Die behauptete Theilnahme des K. von Böhmen ist ganz ungegründet und stützt sich auf ein im Jahr 1346 vom Könige ertheiltes Privilegium.

Denn 1) findet sich keine Spur, daß der Inhaber der gesetzgebenden Gewalt Antheil an diesem Werke gehabt habe, vielmehr ist es als eine Privatarbeit anzusehn.

2) Es ist kein Grund vorhanden, um annehmen zu können, daß es in Schlesien gemacht sey: vielmehr kommen viele Beziehungen auf andere Landrechte vor, als: Meißen, Thüringen, Vogtland. u. s. w. Nicht unwahrscheinlich ist es, daß der Verfasser in Meißen gelebt habe, in welchem das magdeburgische Weichbild galt. Daß Schlesien nicht das Vaterland sey, ergiebt sich auch daraus, weil überall Kaiserrecht, Landrecht, Kaiser- und Weichbild, Weichbild sächsischer Art unterschieden werden. Unter Kaiserrecht wird aber das römische Recht verstanden, unter Landrecht das eigentliche Territorialrecht.

3) In dem echten schlesischen Landrechte findet sich eine merkwürdige Abweichung des schlesischen particulär Rechts von dem Sachsenspiegel, hinsichtlich der Morgengabe: das Rechtsbuch wiederholt aber den Sachsenspiegel. (Vergl. B. 1. c. 9. Dict. 2. mit dem Sachsensp. B. 1. art. 20)

4) Werden Rechtsverhältnisse erwähnt, die in Schlesien nicht leicht vorkommen, so unter andern die, welche mit dem Weinbau zusammenhangen.

5) Die Quellen, welche der Verfasser benutzte, [c]) sind sehr verschieden, das römische canonische, sächsische Weichbild-Recht, Sachsenspiegel, auch die Rechte mehrerer sächsischen Städte. Daher es auch eher vermehrtes Weichbildsrecht, als vermehrter Sachsenspiegel zu nennen ist. [d])

c) (Nachweis in Klose neue lit. Jahrg. 1775. S. 532.)

d) Gaupp bemerkt dieß. Nietzsche ist aber der Meinung, daß letzterer Name deshalb beizubehalten sey, weil es sonst an einer hinreichenden Benennung für das Pohlmannsche Rechtsbuch fehlen würde.

6) Das Alter [e]) des Rechtsbuchs läßt sich nicht genau bestimmen, vielleicht ist es im 14. Jahrhundert abgefaßt. [f])

e) Biener nimmt den Ausgang des 14ten Jahrhunderts darum an, weil in Bd. V. c. 10. u. 11. Spuren der von Karl IV. in der goldenen Bulle (1356) ausgeübten Gesetzgebung sichtbar wären. —

f) Uebrigens ist hier noch zu bemerken, daß das Werk von großer Wichtigkeit ist, indem es sein Ansehn in allen Ländern des sächsischen Rechts verbreitet hat.

Anmerk. 1. Die Sammlung der sächsischen Distinctionen, zu welcher die von Pohlmann gehört: — (Handbuch darin in der Kürze zu finden, was sich fast täglich bei Gericht zuträgt, daraus man sich zu erlehren und zu spiegeln habe, was die Rechte davon sagen; durch Albert Pohlmann notar publ. a. 1590 in Verlag bei Franke: dann 1603) ist eine von dem oben angeführten Rechtsbuche verschiedene Sammlung. Denn 1) führt der Verfasser der Distinctionen den vermehrten Sachsenspiegel an verschiedenen Orten an: 2) ist die Sammlung weit später, wahrscheinlich im 15ten Jahrh. (im J. 1435) gemacht. Dieser Meinung ist Nietzsche.

Anmerk. 2. Das Buch der Ausscheidungen ist mit dem sogenannten vermehrten Sachsenspiegel g) identisch. Gaupp (a. a. O. S. 29 u. 293.) Ortloff (a. a. O. S. 22. not. c.) Mittermaier in der 2ten Auflage der Gr. d. deutsch. Privatr. §. 83. not. 4. nahm an: daß es in Thüringen in XV. Jahrh. gemacht, mit dem vermehrten Sachsenspiegel übereinstimme, jedoch deutlicher sey.

g) Von denselben giebt es drei Redactionen: 1) fünf Bücher magdeburg. Distinctionen, 2) das Buch der Ausscheidungen; 3) das sogenannte schles. Landrecht, wie es in Böhme abgedruckt, s. F. A. Biener Beitr. zur Geschichte des Inquisitionsprozesses und der Geschwornen-Gerichte. Leipz. 1827. S. 316.

Anmerk. 3. Der Richtsteig des Land- und Lehnrechts, und Schadencloit, Premiſs sind keine verschiedene Werke. In der Cölner Ausgabe des Richtsteigs von 1482 führt der Richtsteig den Namen Schevencloet, den der Uebersetzer scabinorum glossa giebt. In der Vorrede wird der Richtsteig auch Cautela und Premisse genannt, (von Premse bei den Pferden.) Bruns Beitr. z. deutsch. Recht S. 152.) nimmt deshalb an, daß Richtsteig und Premiſs gleich sind, womit auch Eichhorn (Einleit. z. deutsch. Privatr. §. 11. n. c.) und Ortloff (a. a. O. S. 19) übereinstimmen. Das Gegentheil behauptet Grupen in der Vorrede zum holländ. Sachsenspiegel S. 10, und Spangenberg (Beiträge z. d. R. des Mittelalters S. 69. 70.) Aus den Papieren Grupens, welche Spangenberg (a. a. O.) mitgetheilt, lassen sich keine Gründe entnehmen, die von Bruns behauptete Uebereinstimmung zu verwerfen.

§. 23. (M. §. 9. not. 21. 22.)

Das hohe Alter, welches dem magdeburgischen Recht beigelegt wird, ist ungegründet, auch kann es nicht als Quelle des Sachsenspiegels angesehn werden.

Mehrere legen dem magdeburgischen Recht, welches von dem Weichbildsrecht [a]) wesentlich unterschieden ist, ein sehr hohes Alter bei: als der Verfasser zur Glosse des säch-

sischen Weichbilds, Art. 9. welcher es in die Zeit Nimrods versetzt, so wie Aeneus Sylvius c. 31. in die Zeit Karls des Großen, die Glosse zum sächsischen Weichbilde läßt es von Otto I. herrühren. Auf das Privilegium Otto's I. berief sich auch die Stadt bei dem westphälischen Friedenscongreß und bewirkte, daß in dem Art. XI. § 8. eine Bestätigung erfolgte. b)

a) Zu welcher Zeit dies gemacht worden, darüber giebt es verschiedene Meinungen. Eichhorn (Einl. Th. 2. S. 690) nimmt die Mitte des 13. Jahrhunderts, Mittermaier (in der 2ten Aufl. des deutschen Privatr. §. 24. not. 6.) das 14te Jahrhundert, Ortloff (a. a. O. S. 21. not. 29 b.) das 13. oder 14. Jahrhundert an. Es ist eine Privatarbeit, welche aus dem Sachsenspiegel und magdeburgischen Schöffenrechte entlehnt ist. S. Spangenberg Beitr. not. 25. S. 53.: herausgegeben ist es von Ludovici Halle 1721. Das Verhältniß desselben zum magdeburgischen Recht hat angegeben: Gaupp das Alter des magdeburgischen und hallischen Rechts S. 119 — 156. Nietzsche in der Jenaer Literaturzeitung 1826. N. 122. — Das Wort Weichbild wird von Einigen von Wich (Waffen) und Feld, von Andern von wic (urbs) und bildt abgeleitet. Grupen Tract. der sächs. Rechtsbücher (Spangenberg Beitr. S. 53) bemerkt, daß unter Wicbildt nicht anders als das Bild, die Abbildung einer Stadt (forma civitatis) verstanden werde, vom wic (urbs) und bilt, weshalb auch im Mittelalter das Weichbildrecht selbst forma genannt wurde, namentlich forma civitatis. Die Termini pacis (Friedenssäulen, Friedpfahle) bezeichneten in ältern Zeiten den Bezirk des Weichbilds, welche aus Pfählen oder Steinen in Kreuz oder Handform bestanden. Andere leiten es von vicus ab: Riccius (Specilegium juris p. 266 not. 5.) Hüllman, (Stadtwesen 3. S. 281.)

Eichhorn (Reichsgeschichte 2. S. 688. not. c.) ist mit Kinderling der entgegengesetzten Meinung, und leitet es von Weichen oder Scheiden der Grenzen her, welche mit heiligen Bildern besetzt waren, oder von den Bildern selbst, welche im Mittelalter Weichbilder hießen. Er tadelt die gewöhnliche Ableitung, indem vicus ein lateinisches Wort sey, lateinische und deutsche Wörter aber nicht leicht zusammen gesetzt worden. Erstere Meinung, von Wik und Bild abgeleitet, scheint aber doch die richtigere zu seyn, indem vic im Mittelalter gewöhnlich war, auch die Zusammensetzung lateinscher mit deutschen Worten nicht so ungewöhnlich s. §. 167.

b) Civitati vero magdeburgensi pristina sua libertas et privilegium Ottonis I. d. VII. J. a. 890. quod, etiamsi temporum injura deperditum, ad preces ejusdem humiliter porrigendas a sacra caesarea majestate renovabitur.

Der Widerspruch von Seiten Churbrandenburgs, der sogleich geschah, war nicht ungegründet, indem die Unechtheit hinlänglich erwiesen ist. c)

c) Leuber gründlicher und historienmäßiger Discours über etzliche der Stadt Magdeburg in Sachsen gerühmte alte Privilegien, aufgenommen in Meier acta Pacis westph. T. III. Beil. 2. u. Kechy thes.

jur. sax. T. I. Sect. 1. p. 327. Mencken Pr. de confirmatione Weichbildi, quae Ottoni I. tribuitur historiae fide destituta in select. diss. jur. Lpz. 1705. p. 884. Heineccius hist. jur. Lib. 2. p. 955. Eichhorn Reichsgeschichte 2. S. 690. Doch sind für die Aechtheit: Runde, deutsch. Privatr. §. 37. Biener a. a. O. P. II. Vol. 1. p. 257.

Aus den Mittheilungen des magdeburgischen Rechts an andere Städte [d]) ersieht man, daß es zu Anfang des 13. Jahrhunderts schon sehr ausgebreitet war.

d) An Stendal im J. 1231. (Lenz, brandenb. Urk. S. 28.) an Prenzlau im J. 1235. (Dreyer Cod. Pomeran. dipl. 12. C. II. b.)

Was den zweiten Satz betrifft, daß das magdeburgische Recht die Quelle des Sachsenspiegels nicht gewesen, so sind zwar Mehrere der entgegengesetzten Meinung: als: Ludewig, (Praef. reliq. Ms. T. X. p. 61.) v. Lauhn, (vorläufige Anzeige von dem Alter des von den Schöffen zu Magdeburg abgefaßten Rechts, in Schott Samml. d. Land- und Stadtrechte S. 15) und Biener (a. a. O. P. II. Vol. I. Lib. II. §. 20.) indem

1) Eicke aus ältern Quellen geschöpft, wie er selbst bemerkt in praef. rythm. „Es haben vor Alters auf uns gebracht, unsere guten Vorfahren."

2) das Schöffenrecht weit älter als der Sachsenspiegel sey [e])

e) Hier ist zu bemerken die Mittheilung der Schöffenrechte an Neumarckt in Schlesien v. 1235. s. Stöckel Abhandl. von einem uralten Briefe der Schöffen zu Halle 1235. Breslau 1771. s. Mathis jurist. Monatschrift B. 11. S. 86. Gaupp a. a. O. S. 223 — 2?9. — Die Mittheilung derselben an Breslau v. 1261. Aus den Breslauer Redaktionen des magdeburgischen Rechts, der magdeburgischen Schöffensprüche und aus andern Quellen ging das culmische Recht hervor, wie es aus einem 1394 geschriebenen Buche 1584 zu Thorn herausgegeben wurde. Gaupp a. a. O. S. 240.

3) In Polen und Preußen habe das Sachsenrecht, magdeburgisches Recht geheißen, weil sie von Magdeburg ihr Recht geholt, und der Schöffenstuhl nach Sachsenrecht entschieden habe.

4) Der Schöffenstuhl zu Magdeburg sey schon sehr frühzeitig vorhanden gewesen, und das Schöffenrecht als gemeines Recht in allen sächsischen Städten angenommen worden.

5) Das magdeburgische Primat habe ein solches Ansehn gehabt, daß selbst die wendischen Völker dessen Decrete angenommen;

6) werde sich immer auf magdeburgische nicht auf sächsische Schöffen bezogen.

Allein diese Gründe sind schwach und leicht zu widerlegen, daher auch von Mehreren die richtigere Meinung vertheidigt wird; unter andern von Grupen, (a. a. O. in Spangenberg Beitr. S. 57. 58.) und Eichhorn, (a. a. O. S. 690.) denn ad 1) wird dadurch nicht bewiesen, daß Eicke das magdeb. Schöffenrecht als Quelle benutzte, indem er dies nicht ausdrücklich sagt: ad 2) haben von Gryphiander, (de Weichbildis saxon. C. 51.) Conring (de orig. jur. germ. c 18. 29.) so wie Andere hinlänglich dargethan, daß die Sammlungen der Schöffenrechte weit spätern Ursprungs sind: ad 3) ist nicht erwiesen, daß Eicke Schöffe zu Magdeburg gewesen, in den Urkunden erscheint er als anhaltinischer Edelmann, und im Jahr 1223. in Placito zu Aschersleben als Schöffe (Beckman hist. anhalt. P. III p. 176.) ad 4) wenn man auch behaupten will, daß der Schöffenstuhl zu Magdeburg sehr alt gewesen, so ist doch nicht anzunehmen, daß sogleich eine Sammlung der Schöffenrechte veranstaltet wurde: auch läßt sich nicht erweisen, daß alle sächsischen Städte magdeburgisches Recht angenommen haben. Magdeburg war Oberhof und so wie in ganz Sachsen kein placitum provinciale absque scabinagio vorhanden, so hat er dies mit allen vorzüglichen Oberhöfen in ganz Sachsen gemein: ad 5) dies würde gar nichts beweisen, wenn es auch wahr wäre: allein das Primat hat die Grenzen seiner Macht nicht so weit ausgedehnt, sich auch nicht in sächsische Land- und Weichbildsrechte gemischt, auch ist es sehr unwahrscheinlich, daß die wendischen Völker, welche mit den Sachsen in beständigem Kriege lebten, sächsische Rechte angenommen haben. ad 6) Dieser Grund, welchen Ludewig gebraucht, wird von Grupen damit abgefertigt, daß von sächsischem Weichbild und magdeburgischem Recht hier nicht die Rede sey, und was das sächsische Land- und Lehn-

recht betreffe, so handle ersteres von allen Gerichten, von den sächsischen Pfalz- oder Hofgerichten, und von jedem Gerichtshofe überhaupt.

§. 24. (M. §. 10: not. 3.)

Das baiersche Landrecht ist im Jahre 1346. und nicht früher bekannt gemacht.

Einige sind zwar der Meinung, als: Mittermaier, (a. a. O. §. 10. n. 3.), dann Ortloff, (a. a. O. S. 32. not. 31). daß das Landrecht schon früher gesammelt werden, weil in mehreren Urkunden aus den Jahren 1340 — 43. sich darauf bezogen werde. Andere nehmen an, daß es im Jahr 1344. gemacht sey, als Senckenberg, (in Diss. de leg. gent. boic. §. 7.) Noch Andere nehmen das Jahr 1329. an. Allein

1) wird sich zwar in den angeführten Urkunden (in monum. boicis Tom. XVIII. p. 167. 658.) auf das Herrenpuch bezogen, allein darunter kann ja auch die Gerichtsordnung, welche 1340. publicirt wurde, verstanden werden.

2) Finaver, (Münzreiche d. Durchl. Herzöge und Churfürsten v. Baiern. München 1777. Tab. IV. n. 8.) erwähnt einer Münze, wo auf der einen Seite Ludwig als Kaiser abgebildet, auf der andern aber steht, nat. 1287. elect. in imp. 1314. aemuli victor 1322. Pacto pagiensi gentis aug. stator 1328. Vindex caesarum, boicariae sec. heres 1340. Primus legislator 1346.

Aettenhover (in der Geschichte der baierschen Regenten) bemerkt, daß auf einem Gemälde, wo Ludwig im kaiserlichen Ornate abgebildet und auf dem Throne sitzt, und dem vor ihm knieenden Magistrat das Gesetzbuch übergiebt, mit der Inschrift:

Kaiser Ludewig erweitert die Stadt München im Jahr 1339., macht das Land- und Stadtrecht 1346. starb 1347.

Hiermit stimmen überein: v. Kreitmeier, (in den Anmerkungen zum Cod. Max. Theil 1. c. 2. Seite 45.) Heuman, (opusc. jur. germ. Norimb. 1747. p. 54.) Biener, (a. a. O. P. 2. Vol. 1. Lib. II. c. 1. p. 336.) und Eichhorn. (Rechtsgeschichte II. S. 692. §. 285.)

§. 25. (M. §. 13.)
Das justinianeische Recht war schon vor dem 15. Jahrhundert in Deutschland eingeführt.

Eine Menge von Urkunden und die Rechtsbücher des Mittelalters beweisen die frühe Einführung des justinianeischen Rechts, (v. Savigny Geschichte d. r. Rechts im Mittelalter Th. II.) am Frühsten erfolgte die Aufnahme bei nicht streitigen Rechtsgeschäften, vorzüglich bei solchen, welche zum Vortheil der Kirche und des Clerus gereichten, indem die Geistlichen nach lateinischem Recht lebten. Allein nicht blos bei Testamenten, sondern auch bei Verträgen wurde es angewandt. So kommen in den Urkunden über Verträge die Vertragsclauseln, Entsagungen der Einreden (Heuman opusc. p. 43. 44.) vor: so unter andern eine Entsagung des beneficii domini adriani bei einer fideijussio v. 1279. (Meusel Geschichtsforscher Halle 1775. Th. 1. S. 162.) in Erfurt wird im Jahr 1312. auf das benificium legis Vallegane (Vellejanae) verzichtet. (Mencken script. rer. germ. Tom. I. p. 656.) Mehrere Urkunden, unter andern von 1181. (Mencken script. rer. Sax. T. I. p. 770.) dann von 1297. 1308. 1310. (v. Schultes coburgische Landesgeschichte d. Mittelalters Coburg 1814. Urkundenbuch N. 33. 49. 51.) sind in dieser Hinsicht wichtig.

In geistlichen Gerichten erfolgte die Einführung vorzüglich mit Hülfe des canonischen Rechts. *) So gaben unter andern die mainzer Richter eine Entscheidung über die Servitus altius non tollendi, ne luminibus officiatur; im Jahre 1344. nahm ein Geistlicher eine novi operis nunciatio per jactum lapidis vor. Köpp ältere

und neuere Verf. der gräfl. u. civil Gerichte in Hessen. Th. 1. S. 76. Böhmer jus eccl. Prot. Lib. I. Tit. II. §. 47.)

*) Die Einführung des canonischen Rechts in den weltlichen Gerichten kann noch nicht in das 13te Jahrhundert gesetzt werden. Selbst der Schwabenspiegel entlehnt daraus noch nichts als Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse, für welche nach der damaligen Ansicht das canonische Recht die einzige Entscheidungs-Quelle war; z. B. für das Eherecht. Eichhorn Kirchenrecht. S. 182. not. 4.

In die weltlichen Gerichte drang es nach und nach ein. In die kaiserlichen, ohngefähr im 14. Jahrhundert. So wies der Kaiser Ludewig 1342. das kaiserliche Hofgericht an, nach dem römischen Recht zu sprechen:

„daß man an unsern Hofgericht fürbas allmannlich richten soll, nach unsern Vorfahren, Königen und Kaiser Gesetzen und geschriebenen Rechten.“

Daß das römische Recht auch darunter begriffen, ist unbedenklich, indem die irrige Idee: daß das deutsche Reich eine Fortsetzung des römischen sey, veranlaßte, jenes Recht als ein einheimisches zu betrachten.

Hieraus erklärt sich auch, wie in der goldnen Bulle v. 1356. fast wörtlich in Cap. 24. die L. 3 — 8. Cod. ad leg. Jul. maj wiederholt werden konnte, daß die Reichsgesetze des 15. Jahrhunders auf das römische Recht sich beziehn: unter andern die Constitution Friedrichs III. v. 1467. Landfriedensproject v. 1471. §. 1. In den Landesgerichten fand es schon frühzeitig Eingang. Spuren finden sich im Sachsenspiegel, (B. II. Art. 56. und 63.) im Schwabenspiegel. (c. 64. 66. 257.) Auch kommen schon häufige Klagen der Ritterschaft auf den Landtagen über den Mißbrauch des römischen Rechts vor.[a])

a) Die bayersche Ritterschaft äußerte sich im J. 1499 hierüber. In judiciis intolerabilis error. Non enim eliguntur judices more antiquo, sed multi juris romani professores, — cum jus municipale servandum sit, et antiquae consuetudines pro legibus habendae sint, fit, ut multa hic contraria fiant. Illi enim juris professores nostrum morem ignorant, si sciunt, illis nostris consuetudinibus nil quicquam tribuere volunt. Scheidt bibl. hist. goett. p. 281.

Schon hieraus und aus dem Haß, welchen die Schöffen gegen die Doctoren blicken ließen, welcher bisweilen in Thätigkeit überging, kann man die allgemeinere Verbreitung entnehmen: auch wird in den ältern Stiftungsurkunden deutscher Universitäten das römische Recht unter die Facultäts-Wissenschaften gezählt. Leipziger Univers. Stiftungsbrief v. 9. Sept. 1409 (Horn Lebens- und Heldengeschichte Friedrich des Streitbaren. not. 140. S. 752.)

Wenn gleich die Constitutio Friedrich III. v. Jahr 1441, (Böhmer Kaiser Friedrich III. Entwurf einer magna charta für Deutschland Gött. 1818) in welcher der Gebrauch des römischen Rechts beschränkt wird, ein Entwurf eines Privatmannes ist, so ergiebt sich doch daraus die größere Verbreitung desselben. Hiermit stimmen überein: Riccius (Spec. hist. dipl. quo juris justiniani in aulis germanicis adoptati usus pragmaticus jam inde sec. XIII. et XIV. eruitur. Frankf. u. Lpz. 1738.) Heineccius, (Hist. jur. L. 2. §. 60.) Brunquell, (Hist. jur. rom. germ. P. 3. Membr. 3. c. X. p. 388.) Pütter, (Beitr. zum deutsch. Staats- und Fürstenrecht Th. 2. not. 23.) Eichhorn, (Reichsgeschichte 2. §. 269. 3. §. 440.) Maurer, (Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens S. 308 — 312.) Ortloff. (a. a. O. S. 34.) Das Gegentheil nehmen an, und behaupten die spätere Aufnahme: Conring, (de orig. jur. ger. Helm. 1720. C. 32. p. 194.) Runde, (deutsches Privatrecht §. 27.) Danz, (Handbuch des deutschen Privatrecht Th. 1. S. 88.) v. Glück. (Einleitung zum römischen Privatrecht. S. 213.)

§. 26. (M. §. 14.)

Das jus romanum ist zwar ein jus receptum aber nicht scriptum.

Ein fremdes Recht kann blos durch Aufnahme in einem andern Staate Gesetzkraft erhalten, welche entweder ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann. Ein

geschriebenes Recht (jus scriptum) ist das, welches durch die Staatsgewalt öffentlich als Gesetz bekannt gemacht ist.

Eine ausdrückliche Annahme des römischen Rechts in Deutschland erfolgte nicht. Denn

1) die Verordnung Lothar's II. wegen Annahme des römischen Rechts ist im Jahre 1136 für Italien, nicht für Deutschland gegeben, und daß er eine besondere für letzteres erlassen habe, ist nicht zu erweisen. [a]) (Conring de orig. Cap. 21. 22. 24.) Leyser, (observ. diplom. hist. de jure just. a. Lothario imperat. in germania minime introducto. Helm. 1727. und in seinen opusc. norimb. 1800. not. 3. p. 97.) Heineccius (hist. jur. civil. et germ. ed. Ritter. Argent. 1750. Lib. 1. §. 413. p. 584.) Eichhorn, (Reichs-Geschichte 2. S. 629. not. a.) Ortloff. (a. a. O. S. 34. not. 33.)

a) Die Geschichte des hierüber geführten Streites in Struv. hist. jur. Jen. 1718. Cap. V. §. 10.

2) Die Reichskammergerichtsordnung von 1495. §. 3. bestimmt, daß die (nämlich Richter und Beisitzer) schwören: nach den Reichs und gemeinen Rechten — gleich zu richten. [b])

b) Die Leseart nach des Reichsgemeinen Rechten, ist unrichtig. Eichhorn RG. III. S. 336. not. a.

Wenn man auch unter den gemeinen Rechten das römische und canonische Recht mit verstehen will, so ist doch durch diese Stelle keine ausdrückliche Aufnahme erfolgt.

3) Wenn es ferner in dem Reichsabschiede von 1495 (Sammlung der RAbs. Th. 2. S. 7.) bei der Satzung von Gotteslästern heißt:

> dem nach wayland Kaiser Justinian unsern Vorfahfahren an Reich löblichen Gedächtniß manniglich zu halten — streng geboten hat alle Gotteslästerer u. s. w.

denn in dem Reichsabschiede von 1498. §. 37. und 1500. §. 19. Carl V. Reichsabschied von 1521.

§. 19. dessen Edict vom 27ten November 1521. und Satzung vom 20ten April 1529 (neue Sammlung Th. 2. S. 46. 71. 206. 210. 301.) bestimmt wird, die Intestat=Erbfolge der Kinder von Geschwistern — nach den gemeinen geschriebenen kaiserlichen Rechten einzuführen — in der Notariatsordnung von 1512 bei Anfertigung der Testamente das römische Recht zu berücksichtigen, auch in der Peinl. Gerichtsordnung Carl's V. viele Bestimmungen desselben vorkommen, so beweist dieß zwar die große Ausbreitung des römischen Rechts, nicht aber, daß es als ein jus scriptum gelten soll; denn hierzu würde ein förmlicher Reichsschluß nothwendig gewesen seyn.

4) Wenn gesetzlich bestimmt worden, das römische Recht als ein Reichsrecht zu befolgen, so würde es in allen Reichsterritorien als solches schon im 15. Jahrhundert angenommen seyn; dies war aber nicht überall der Fall. In Baiern wurde es später aufgenommen. (Zschokke Baiersche Geschichte B. 1. S. 470.) Hiermit stimmen überein: Runde, (a. a. O. §. 25.) Falck, (jurist. Encyclopaedie §. 87.) zum Theil auch Eichhorn, (Rechtsgesch. II. §. 269. B. III. §. 442. Andere dagegen nehmen an: daß eine ausdrückliche Aufnahme erfolgt sey, und es als jus scriptum gelte. Heiderman (de recept. jur. rom. ejusd. in foris non auctoritate Gött. 1773.) H. Reuter, (Diss. de quaestione, an jus rom. jus positivum civile in specie in germania esse possit? Hal. 1750.) de Cramer (wetzl. Nebenstunden P. 76. p. 86.) Hartleben, (Medit. ad Pandect. Vol. I. P. I. §. 86.) Silberrad, (ad Heinec. hist. jur. Lib II. §. 60.) Pütter, (Beitr. zum d. Staats= und Fürstenrecht Th. 2. n. 23. S. 30.) Thibaut, (jurist. Encyclopädie §. 102.) Walch, (Introd. in controv. jur. civil. p. 3.) v. Glück, (Einleitung zum römischen Privatrecht S. 213.) Noch andere sind der Meinung, daß es blos als Gewohnheitsrecht gelte. Conrad Sincerus, (Kulpis) de germ. legum veter. ac romani jur. in republ. nostra origine

et auctorit. Leipzig, 1682.) Kestner, (Tract. de defectibus jur. com. probl.) Thomasius, (in not. ad Sinc.) Leyser, (Med. ad Pand. Sp. V. n. 2.)

§. 27. (M. §. 18.)

Die deutschen Reichsgesetze als solche, haben ihre verbindliche Kraft verloren.

1) Die Rheinische Bundesacte vom 12. July 1806. Art. II. bestimmt: Toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu'a present concerner et obliger leurs majestes — leurs sujets et leurs etats — sera a l'avenir — nulle et de nul effet. Daß durch diesen Artikel alle Reichsgesetze, welche das öffentliche Recht [a]) betreffen, aufgehoben werden, ist unbezweifelt. [b])

a) Die Bundesacte macht eine Ausnahme in Rücksicht des Reichsdeputation-Hauptschlusses v. 1803.

b) Wiesand coment. de abrog. legum germ. vi et effectu in civitatibus foederi rhenano adscript. Servest. 1810 auch deutsch in Winkopp rhein. Bund L. II. u. L. III. P. II. Berg Abhandlungen zur Erläuterung der rhein. Bundesacte. Th. 1. S. 208. Zachariae jus publ. civitat. quae foederi rhen. adscriptae sunt. §. 23. Meisel Quaestiones de jure civitatum foederi rhen. adscript. Spec. 1. Lips. 1811. Behr systemat. Darstellung des rhein. Bundes S. 19. Klüber öffentl. Recht des deutsch. Bundes §. 50. Cucumus Lehrbuch der constitutionellen Monarchie Baierns. (Würzb. 1825) §. 52.

2) Durch den Austritt der verbündeten Staaten aus dem Reichsverbande, und durch die darauf erfolgte Auflösung des deutschen Reichs, ist die verbindliche Kraft aller der Reichsgesetze, welche nicht schon in einem Lande als Landesgesetze anerkannt, aufgehoben. Denn

a) läßt sich gar nicht absehn, wie Gesetze, welche nur von dem deutschen Reiche und für den Zustand des deutschen Reichs gegeben, annoch nachdem das deutsche Reich nicht mehr existirt, und ohne daß die jetzt bestehende gesetzgebende Gewalt jene Gesetze adoptirt hat, verbinden können?

b) Die Privatgesetze eines bestimmten Staats haben so gut, wie die das öffentliche Recht betreffende, ihren Rechtsboden in dem Daseyn dieser Staatsverbindung, und ihre Rechtsgewähr in der Existenz der obersten Ge-

walt des Staats, und wo beide hinweggefallen sind, da werden auch jene Privatgesetze keine Gesetzkraft mehr haben können; sie bleiben nur historische Denkmäler des privatrechtlichen Zustandes, den die erloschene Staatsverfassung realisiren wollte, und wovon nur das, was sie wirklich realisirt hat, als factum des Zustandes, den die eingetretene Veränderung vorfand, in die neue Ordnung der Dinge übergehen kann.

c) In den neuen souverainen Staaten ist kein Gesetz gültig, welches nicht unmittelbar von der gesetzgebenden Gewalt ausgegangen, oder mittelbar anerkannt ist.

d) Der Art. 2. bestimmt, daß alle Reichsgesetze aufgehoben seyn sollen, sonach ist dem doctrinellen Interpreten eine die Allgemeinheit des Gesetzes beschränkende Distinction nicht gestattet.

e) Wenn in einem Bundesstaate, die Reichsgesetze entweder ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt und anerkannt sind, so gelten sie zwar annoch in dem Staate, aber nicht mehr als Reichsgesetze, nicht mehr als einheimische, allgemeine Gesetze, sondern als Gesetze dieses Bundesstaats, welche jedoch nur so wie ein recipirtes Recht zur Aushülfe dienen. [c]

c) Dies gilt auch von den Reichsgesetzen, welche lehnrechtliche Bestimmungen enthalten. Siehe jedoch Klüber a. a. O. §. 442.

3) Daß diejenigen Reichsgesetze, durch welche Vertragsrechte begründet wurden, zwischen den Bundesfürsten unter sich, oder zwischen Bundesfürsten und Dritten, namentlich ihrer Unterthanen der katholischen Kirche, den evangelischen Kirchengesellschaften und Auswärtigen, in welchen rheinische, jetzt deutsche Bundesstaaten ursprünglich für sich selbst als Mit-Paciscenten anzusehen waren, — annoch gelten, liegt in der Natur der Sache.

Es ist daher wohl unbedenklich, daß der westphälische Friede in dieser Hinsicht annoch verbindliche Kraft hat. (Frei Progr. ist der westphälische Friede den Bestimmungen des Art. V. nach, in Bezug auf den

Religionszustand der christl. Hauptconfessionen in Deutschland, durch die rheinische und wiener Bundesacte abgeschafft und aufgehoben? Bamb. 1816. 8.) Von den Concordaten würde das nämliche anzunehmen seyn, (s. jedoch Bemerkungen und Wünsche über die seit 1806 erschienenen Religions-Edicte Deutschlands 1817. S. 5 — 13. Vater Erörterung der Verhältnisse katholischer Landesherrn zum Papste; Königsberg 1819.) wenn sie nicht durch neuere, die die einzelnen Bundesfürsten mit dem päpstlichen Stuhle abgeschlossen haben, (Klüber a. a. O. §. 507.) ihre verbindliche Kraft verloren hätten.

Hiermit stimmen überein: Rudhart (das Recht des deutschen Bundes Stuttgart 1822. S. 6). Behr. (a. a. O. S. 30. 34.) Mehrere sind aber der entgegengesetzten Meinung, weil die rheinische Bundesacte über das Privatrecht in den deutschen Bundesstaaten zu verfügen gar keinen Anlaß gehabt, mithin ihr Ausspruch, wodurch die Kraft vormaliger Reichsgesetze vernichtet wurde, als auf öffentliche Verhältnisse beschränkt zu betrachten, demnach das Ansehn der Reichsgesetze über Verhältnisse des Privatrechts unentschieden geblieben sey. Klüber (a. a. O. §. 51.) Crome und Jaup Germanien B. 2. not. 5. B. 3. not. 20. Falck jurist. Encyclop. §. 118. Haubold opus. acad. Vol. 2. ed. Wenk, fortgesetzt von Streiber Leipzig 1829. De studio, difficultatibus nostra aetate: eine Rede von Haubold 1809 gehalten; von Gönner: Ueber den Umsturz der deutschen Reichsverfassung und sein Einfluß auf die Quellen des Privatrechts in den souveränen Staaten 1807. S. 50. Ebend. Archiv der Gesetzgebung B. 1 H. 1. St. 1. Ebend. und Schmidtlein Jahrbuch der Gesetzgebung und Rechtspflege im Königreich Baiern 2. B. Erlangen 1819 not. 1. §. 10. Zachariae jus. pub. civitatum quae foed. rhenano adscript. sunt Heidelberg 1807. §. 38. Feuerbach Themis oder Beiträge zur Gesetzgebung Landshut 1812. S. 276. Mit-

ter-

termaier a. a. O. ist der Meinung, daß die Reichsgesetze annoch als recipirte Rechte überall fortgelten.

§. 28. (M. §. 20.)

Statuten, durch welche blos Vertragsrechte begründet werden, bedürfen der Bestätigung des Regenten nicht.

1) Das Recht Statuten zu machen kommt jeder Gemeinde vermöge der ihr zustehenden Autonomie zu; doch dürfen diese a) nicht durchaus gebietenden oder verbietenden Gesetzen zuwider, noch b) der Gegenstand derselben kein anderer als Gemeinde-Sachen seyn.

2) Nach dem römischen Recht (L. 160. D. de reg. jur.) wurde dieses nicht dem collegio decurionum gestattet, sondern blos der Gemeinde. (Leyser Med. ad. P. Sp. VIII. not. 7.) Wenn nun gleich das römische Recht in Gegenständen, die das Staatsrecht berühren, in Deutschland unanwendbar ist, (Waldschmid de differentiis municipiorum romanorum et urb. germ. med. Marb. 1729) so unterstützt doch dieses den in der Natur begründeten Grundsatz.

3) Wenn mehrere Landesgesetze [a]) die Bestätigung des Regenten erfordern, so wird dadurch noch kein gemeines Recht begründet.

4) Dagegen ist die Bestätigung in Rücksicht der Statuten, welche Gesetzkraft haben sollen, nothwendig.

Hiermit stimmen überein: Mencken, (Diss. de statutor. non confirmat. effectu. Lpz. 1697 und in Select. diss. jur. not. 14.) Böhmer, (Exercitationes ad Pand. Vol. I. p. 693) Leyser, (a. a. O.) Schnaubert, (Beiträge zum deutschen Staatsrecht Th. 1. S. 61.) Riccius, (Stadtgesetze S. 357.) Hofacker, (Principia jur. civil. T. I. §. 130.) Danz. (Handbuch 1. §. 49. not. VIII.)

a) Die meisten neueren Gesetze, das preußische Landrecht, österreichische Gesetzbuch.

§. 29. (M. §. 21.)

Nicht allein dem hohen, a) sondern dem Adel überhaupt steht das Recht der Autonomie zu.

Das Recht der Autonomie war in frühern Zeiten ein Recht, welches jedem Freigebornen zukam, das aber nach Befestigung der Landeshoheit in enge Grenzen eingeschlossen wurde, so daß es blos noch Recht des Adels blieb, und demselben nothwendig eingeräumt werden mußte, wenn nicht durch unbedingte Anwendung des römischen Rechts der Glanz des Adels hätte vernichtet werden sollen. (Pütter Beitrag zum deutschen Staats- und Fürstenrecht Th. 2. not. 29. 30.) Eben deshalb fand auch das römische Recht bei dem hohen Adel keinen Eingang. (Handbuch Bd. IX. S. 113. 163.)

Ob nun jetzt, nach veränderter Staatsverfassung blos dem hohen Adel dieses Recht zusteht, ist zweifelhaft. Nach der richtigern Meinung aber ist es zu verneinen; denn:

1) steht dieses Recht den Standesherrn nicht allein, auch nicht uneingeschränkt zu. In art. 14. not. 2 der Bundesacte heißt es:

„es werden ihnen nach den Grundsätzen der früheren deutschen Verfassungen die noch bestehenden Familienverträge aufrecht erhalten, und ihnen die Befugniß zugesichert, verbindliche Verfügungen zu treffen, welche jedoch dem Souverain vorgelegt werden müssen."

Durch letzteres ist die Autonomie der Standesherrn beschränkt.

2) Der vormaligen Reichsritterschaft hat die Bundesacte einen auf ähnliche Weise nach ihren frühern Rechtsverhältnissen abgemessenen Umfang des Autonomierechts zugesichert: denn in der deutschen Bundesacte a. a. O. heißt es:

dem ehemaligen Reichsadel werden die in Nr. 1. und 2. angeführten Rechte — zugesichert.

Sonach ist in Rücksicht dieses Rechts keine so große Verschiedenheit von dem Rechte der Standesherrn.

3) Dem niedern landsässigen Adel muß ebenfalls ein beschränktes Autonomierecht zustehen, weil bei demselben Rechtsinstitute vorkommen, welche ihrer Natur nach das Daseyn autonomischer Rechtsnormen voraussetzen, unter andern die Einrichtung der Familien-Fideicommisse, als ein vorzügliches und nach manchen Gesetzen ausschließliches Vorrecht; so in Baiern. (s. Edikt über den Adel. §. 13.)

4) Daraus, daß die von ihnen errichteten Familienstatuten der landesherrlichen Bestätigung bedürfen, folgt um so weniger, daß sie das Recht der Autonomie nicht besitzen, weil ja jene auch die Standesherrn nachzusuchen haben.

Hiermit stimmen überein: Weise, (Einleitung z. deutsch. Privatr. §. 32. S. 45.) Eichhorn. (Einleitung §. 64. S. 190. 191.) Das Gegentheil nimmt unter andern Mittermaier (in d. Beiträgen zum deutschen Recht S. 3) darum an: weil nach der Bundesakte dem Standesherrn allein dieses Recht gestattet sey, der ehemalige Reichsunmittelbare Adel zu dem Niedern gehöre, und die anerkannte Autonomie nicht so weit ginge, daß dadurch die Rechtsverhältnisse, wo die Bundesakte nur von dem hohen Adel redet, auch bei dem ehemaligen Reichsadel durch Hausverträge regulirt werden können: der niedere Adel habe nur eine Art von Autonomie durch das Recht der Errichtung von Familien-Fideicommisse: dies sey angenommen in der baierischen Declaration §. 9. badischen Edict vom 16. April 1819. §. 4. hessischen Edict §. 10. pr. Instruction v. 30 Mai 1800 und in Würtemberg. (Hezel Samml. VII. S. 875.)

a) Daß es noch einen hohen Adel giebt, ist wohl nach Bestimmung der Bundesacte außer Zweifel Eichhorn (Einleit. zum Priv. R. §. 57.), obgleich Vollgraff (Abhandl. Giebt es einen hohen Adel im Sinne und Begriffe, den man damit doctrinel bis zur Auflösung des deutschen Reichs verband? Darmstadt 1823), solches verneint.

§. 30. (M. §. 21.)

Die Familienstatuten des Adels bedürfen der Bestätigung des Regenten.

1) Die Bundesacte Art. XIV. bestimmt, daß den Standesherren die Befugniß zustehe, verbindliche Verfügungen zu treffen, welche jedoch dem Souverain vorgelegt werden müssen.

2) Dies Nämliche ist in Rücksicht des ehemaligen Reichsadels bestimmt.

3) Da die Standesherrn, welche zu der privilegirtesten Klasse der Unterthanen gehören, verbunden sind, ihre Familien-Statuten, welche sie neu errichten, (denn in Ansehung der ältern ist solche nicht nothwendig: obwohl eine Untersuchung darüber veranlaßt werden kann: ob sie nach Grundsätzen der ältern deutschen Verfassung abgefaßt sind) der landesherrlichen Bestätigung vorzulegen, so sind noch vielmehr die landsässigen Adligen, wenn auch die Gesetze dies nicht vorschreiben, hierzu verpflichtet.

Hiermit stimmen überein: Mittermaier (a. a. O.) und Eichhorn, (a. a. O. §. 20.) Klüber, (öffentliches Recht des deutschen Bundes) §. 323. Baiersche-Verfassungs-Urkunde B. VIII. Privatrecht. II. 4 §. 29. Oestr. Gesch b. 627. Mehrere nehmen (jedoch nach der ältern Verfassung) das Gegentheil, sowohl in Hinsicht des höhern, als niedern Adels an. Hersemeier, (Diss. de pactis gentilitiis familiae illustrium ac nobilium germ. §. 28) Selchow, (elem. jur. germ. §. 45. 513.) Pütter, (Rechtsfälle B. III. Th. 1. n .67. n. 133.) v. Steck, (Ausführungen politischer und rechtlicher Materien. Berlin 1776 n. 12.) Jaup, (de valore et efficacia pact. s. statutorum familiarum illust. §. 7.) Danz, (Handbuch 1. §. 62.) Doch halten sie die Nachsuchung der Bestätigung für räthlich und zweckmäßig.

§. 31. (M. 21.)

Daß ein Familienstatut für einen Dritten verbindlich sey, wenn die Grenzen der Autonomie nicht überschritten sind, ist mit Einschränkung anzunehmen.

Hellfeld, (Diss. de fideicomiss. familiae illustr. eorumque, si alienata sunt, revocatione. Jen. 1759. §. 55.) v. Steck, (Ausführungen S. 183.) Claproth, (Jurisprud. herm. P. 1. p. 94.) Pütter, (Rechtsfälle B. III. Rechtsf. 258. n. 134. n. 226) sind der Meinung, daß die Familienstatute auch dann für einen Dritten verbindlich sind, wenn sie nicht obrigkeitlich bestätigt und öffentlich bekannt gemacht sind Moser, (deutsches Staatsrecht Th. XXIII. S. 180 und im Staatsrecht der Reichsstände Th. II. B. 3. K. 7. §. 65. S. 178 Familien-Staatsrechte Th. II. K. 19. §. 54.) Hersemeier, (D. de pactis gentilitiis fam. illustr. atque nob. germ. ex ratione autonomiae earundem familiaris privatae, strictum atque unice dijudicandis. Mog. 1788. §. 10.) sind dagegen der Meinung, daß die öffentliche Bekanntmachung, nicht aber die gerichtliche Bestätigung, vorzüglich dann nothwendig sey, wenn der Familienfideicommißbesitzer bei Aufnahmen von Darlehnen beschränkt ist: v. Selchow [a]) (Elementa jur. germ. §. 45. not. 4.) und Fischer (Lehrbuch sämmtlicher Kameral- und Polizeirechte B. 1. §. 820.) verlangen gerichtliche Bestätigung.

a) In dem element. jur. pub. T. II. §. 478 nimmt er an, daß sie für einen Dritten unverbindlich sind, wenn sie ein jus singulare, jure communi contrarium enthalten: in den Rechtsfällen Th. II. Rf. 38. S. 133., daß die öffentliche Bekanntmachung nothwendig sey, wenn das Fideicommiß für die Schulden nach gemeinem Rechte haften soll, in Th. III. not. 61. S. 21., daß, da die meisten adlichen Güter mit Familien-Eigenschaft belegt, der Gläubiger sich vorzusehen habe, daß er keinen Schaden leide.

Knipschild, (de fidei commiss. famil. Aug. Vind. 1750.) Jaup (De valore et efficacia pactorum s. statutorum fam. illustr. et nobilium intuitu tertii praecipue creditoris. Giess. 1792.) und Danz (Handbuch 1. S. 228.) sind der Meinung, daß zu unter-

scheiden sey zwischen Gläubiger und Käufer, bei erstерm aber wieder darauf zu sehen sey, ob seine Forderung vor Errichtung des Fideicommisses entstanden, oder erst nachher; im erstern Falle könne die Errichtung des Fideicommisses nicht zu seinem Nachtheil gereichen, wenn auch die gerichtliche Bestätigung und Bekanntmachung unterblieben wäre, im letztern Falle aber sey, wenn die Grenzen der Autonomie bei der Errichtung überschritten worden, das Statut für die Gläubiger unverbindlich, wenn aber dies nicht wäre, so sey das Statut für ihn verbindlich, wenn die Landesgesetze nicht das Gegentheil bestimmt hätten. Was dagegen den Käufer betreffe, so fänden im Allgemeinen die nämlichen Grundsätze Anwendung, dem Agnaten stände aber die Revocation des veräußerten Fideicommisses zu. Diese letztere Meinung hat wohl den Vorzug vor den übrigen. Denn

1) daß die Gläubiger, welche schon vorher, ehe das Fideicommiß errichtet wurde, Forderungen an den Gütern hatten, durch die Errichtung keinen Nachtheil leiden, und das in fraudem creditorum errichtete Fideicommiß revociren können, ist wohl unbedenklich [a])

a) Daher auch neuere Gesetze eine genaue Untersuchung des Vermögenszustandes vorschreiben, ehe die Bestätigung des Fideicommisses erfolgen kann. S. die §. 32. not. 3. angeführten Gesetze.

2) Wenn das Familien-Fideicommiß-Statut in den Grenzen der Autonomie abgeschlossen, und auch die gerichtliche Bestätigung nicht hinzugekommen ist, (vorausgesetzt, daß die Gesetze solche nicht ausdrücklich vorgeschrieben haben) so kommt es bei der Frage: ob das Statut für den Gläubiger verbindlich sey? auf folgenden Unterschied an: der Gläubiger erforscht den Inhalt desselben genau, es werden ihm aber mehrere beschränkende Bestimmungen verheimlicht, so steht ihm wegen dieser Täuschung oder Betrug ein Klagerecht gegen diejenigen zu, welche solchen bewirkten, nur muß er sich in Rücksicht des Beweises gesichert haben. (Hersemaier a. a. O. S. §. 10. Jaup §. 13) Hat er die beschränkte Disposition erfahren, und dennoch sich eingelassen, so leidet er

durch seine Schuld. Hat er sich gar nicht erkundigt, so findet alsdann die Regel des römischen Recht (L. 19 D. de. reg. jur.) gegen ihn Anwendung: qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignorans ejus conditionis. (Hellfeld a. a. O §. 55) Denn daß der Feideicommißstifter oder die Mitglieder der Familie Beschränkungen machen können, welche zum Nachtheil eines Dritten gereichen, ist unbedenklich. Auch kann nicht dagegen eingewendet werden, daß dem Contrahenten die Beschränkung hätte bekannt gemacht werden müssen, wie bei dem Verkaufe einer Sache die Fehler derselben. Denn hier tritt ein ganz anderes Verhältniß ein, da es auf die Ansprüche der Agnaten ankommt, die von dem ganzen Handel, welche der Fideicommißbesitzer mit einem Dritten gehabt, gar nichts erfahren haben können.

3) Ein etwas verändertes Verhältniß tritt alsdann ein, wenn der Dritte der Käufer ist. Ist die Fideicommißeigenschaft bekannt (ist sie im Hypothekenbuche eingetragen) oder doch zu vermuthen (in Allgemeinen bei den adlichen Gütern) und er hat das mit fideicommissarischer Eigenschaft belegte Gut gekauft, ohne Einwilligung der Agnaten, (Sachsenspiegel B. 1. art. 34. 52. Sächsisches Weichbild art. 20 Glosse zum L. R. c. 54) so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er Schaden leidet, und er das veräußerte Gut dem Agnaten, der gegen ihn die Vindikation anstellt, unentgeldlich herausgeben muß. Er kann blos gegen den Veräußerer und seine Erben den Regreß nehmen.

Daß dem Agnaten die Vindikation in diesem Falle zusteht, ist unbedenklich, man mag nun ein Miteigenthum desselben annehmen, oder dem Fideicommisbesitzer ein dominium utile beilegen: im letztern Falle finden analogisch die Bestimmungen des Lehnrechts Anwendung. (Westphal deutsches Privatr. Th. 2. Abth. 57. §. 16. Nettelbladt D. de successore ex parte et providentia majorum ad facta ult. defuncti. C. II. §. 5. Richter Tentamen theoriae de fideicommiss. fam. illustr. Cap. IV. §. 1. p. 81.) [b])

b) Wenn, wie in Hollstein der Fall ist, die Veräußerung gestattet ist, (Jensen de libera bona avita alienandi facultate in Holsatica Kiel 1788) so fällt freilich der Widerspruch der Agnaten weg.

§. 32. (M. §. 22.)

Die Weisthümer sind nicht zu den Rechtsquellen zu zählen.

Mag man unter Weisthümer (abgeleitet von wison d. i. indicare, visitare, Haltaus Glossarium sub. voc. wison) Verträge verstehen, welche zwischen dem Landesherrn und der Gemeinde über Gegenstände der polizeilichen und kirchlichen Verfassung abgeschlossen, und durch Schöffenurtheil für rechtsbeständig erklärt wurden (Runde deutsches Privatrecht §. 38) oder Antworten, welche die Schöffen über Rechte und Rechtsverhältnisse (privat oder öffentliche) welche bei ihren Gerichten galten, und durch ihren Eid bestätigt wurden, (Mittermaier deutsches Privatrecht 3te Aufl. §. 21. Eichhorn a. a. O. §. 5) so können sie nicht als Quelle des Privatrechts angesehn werden. Denn

1) waren sie nicht dazu bestimmt, Rechtsnormen festzusetzen, sondern vielmehr das, was als Recht galt, zu beurkunden;

2) waren sie als Beweismittel individueller Rechtsverhältnisse zu betrachten, vorzüglich [a]) hofrechtliche Verhältnisse zu bestimmen.

a) Denn sie dienten nicht blos dazu, sondern bezogen sich auch auf andere Verhältnisse. Eichhorn RG. §. 258. not. e. f. Hiermit stimmt überein Falck (jurist. Encyclop. §. 111.) Das Gegentheil nehmen die meisten Germanisten an. Runde, Mittermaier, Eichhorn, Rössig (Geschichte des deutsch. Privatr. §. 160. Danz (Handbuch Bd. 1. S. 119. §. 38.)

§. 33. (M. §. 23.)

Das römische Recht findet in Handelsangelegenheiten nicht unmittelbare Anwendung.

1) Das römische Recht findet auf deutsche Institute keine unmittelbare Anwendung (§. 45.). Wenn nun gleich der Handel und Handelsverkehr den Römern bekannt, so war es doch, da das Wechselgeschäft und meh-

rere andere Handelsverhältnisse denselben unbekannt waren, nicht so ausgebildet, die Rechtsverhältnisse der Handeltreibenden nicht so bestimmt, als nach deutschem Recht. (J. G. Böhmer de comerciorum apud rom. initiis Lips. 1751. Hofman Diss. rom. Themis commerciorum fautrix. Tub. 1767 mehrere Schriften in Haubold Inst. jur. rom. p. 78.) [a])

2) Mittelbar und in subsidium kann solches aber auch in Handelsangelegenheiten gebraucht werden, bei Beurtheilung der Gültigkeit der Verträge.

a) Der von Busch (in der Bibliothek 1. 241) angeführte Grund, daß das römische Recht darum keine Anwendung finde, weil die Bestimmungen über dolus und culpa nicht auf den Handel passen, der sich auf Treue und Glauben gründet, ist schwach.

Hiermit stimmt überein: Mittermaier, (a. a. O.) Bender. (Geschichte des Handelsrechts. Darmst. 1824. §. 15.) Der entgegengesetzten Meinung ist Pohl, (Handelsrecht B. 1. S. 46) der dem römischen Rechte eine unbedingte Anwendung gestattet, weil solches in subsidium gilt, aus der Anwendung kein Nachtheil entstehen kann, der Bürger sich dabei weit besser befindet, wenn er nach einem, selbst fremden Gesetze gerichtet wird, welches er doch nur zur Noth kennen kann, als wenn er sein Recht der Willkühr des raisonnirenden Richters Preis geben muß. [b])

b) Hier kann man wohl mit Recht fragen: worin besteht die Willkühr? Muß der Richter nicht, wenn er keine Bestimmung in den vaterländischen Gesetzen findet, nach Gewohnheitsrechten, und wenn diese nicht verhanden, nach den allgemeinen aus der Natur der Handelsgeschäfte abzuleitenden Bestimmungen entscheiden?

§. 34. (M. §. 23.)

Die Parere der Kaufmannsinnnungen begründen keinen vollständigen Beweis.

1) Die Parere, oder die von Kaufleuten oder Kaufmannsinnungen über streitige Fragen in Handelssachen ertheilten Atteste, sind dem Responsis prudentium gleich, so wenig wie diese einen Beweis begründen (§. 51.) so wenig kann dies von jenen angenommen werden.

2) Wenn gleich die Parere, als Gutachten einen nicht unbedeutenden Einfluß auf die Ueberzeugung des Richters haben können, so sind sie doch nicht als wahre Beweismittel zu gebrauchen; der Richter muß die Gründe, aus welchen die Begutachtenden so und nicht anders entschieden haben, erwägen und prüfen, ob die Motive geeignet sind, das Resultat zu rechtfertigen, welches im Parere daraus hergeleitet wird, aber er kann nie den bestrittenen Satz selbst, als durch dasselbe erwiesen, ansehen.

3) Der Richter ist nicht verbunden, sich bei seiner Entscheidung streng an das Parere zu binden; denn:

a) ist es schriftlich und unbeschworen, wird also namentlich durch den letzten Umstand sehr bedenklich,

b) die Erfahrung lehrt, daß nicht immer bei der Ausfertigung streng verfahren wird, daß die Darstellung bei so wichtigen Factums oft einseitig ist, auch es an gerichtlicher Instruction so wie an der Concurrenz des Gegentheils oft ermangelt.

4) Die Reichsgesetze [a]) stehen nicht entgegen, sie bestimmen nicht, daß die Parere als consuetudines legales zu betrachten und der Richter sich an den Inhalt derselben binden und darnach entscheiden müsse.

a) Jüngster Reichsabschied von 1654 §. 107. Als auch bei den Handelsstädten in Wechselsachen zu Meßzeiten und sonst casus vorfallen, da nicht allein Kaufmannsgebrauch, sondern nach aller Rechtsgelehrten Meinung parata executio straks Platz haben solle, — so hat es bei solcher Constitution sein Verbleiben. — So soll auch von den Obrigkeiten und Unterrichtern in Gewerb=, Meß= und Mandatsprozesse erkannt werden, wie nicht weniger vor Eröffnung der Urtheil verständiger Kaufleute Gutachten circa factum mercantile vernommen, und nachgehends der höchsten Tribunalien arbitrio anheim gegeben werden. Dann der Reichsschluß von 1671.

5) Wenn durch ein Parere eine Handelsusance erwiesen werden soll, so kann auf keinen Fall das von einer Partei auf einseitige Darstellung extrahirte Parere von dem Beweise der Gewohnheit befreien.

(Hiermit stimmen überein: Mövius, (Part. VIII. Dec. 28. n. 7.) Böhmer, (Tom III. P. III. Resp. 884. n. 9.) Ludovici, (Wechsel-Proz. Kapitel 12. § 4.) Martens, (Handelsrecht §. 37.) Bender, (Handelsrecht §. 190) Pohl, (Handelsrecht §. 153.

S. 346.) Pardessus, (Cours Vol. V. p. 78.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Geiger und Glück, (Rechtsfälle Th III. n. 39.)

Das Gegentheil nehmen an: Heineccius, (elem. jur. camb. c. 1. §. 11.) Manzel. (de jure ex usu, vulgo n. die Usance Sect. II. §. 29)

§. 35. (M. §. 24.)

Die Sammlung der rhodischen Gesetze zur Römerzeit ist unächt.

1) Wenn sich gleich sehr frühzeitig Beweise des Ansehns, welches das rhodische Recht bei den Römern genoß, vorfinden, so ist doch solches zur Zeit der Römer nicht gesammelt.

2) Die Sammlung, welche Leunclavius (thes. jur. graec. rom. Tom. II. p. 266.) aufgenommen, ist unächt, und wahrscheinlich erst im XI. oder XII. Jahrhundert und zum Theil aus römischen Gesetzen zusammen getragen. Es waren darin unter andern vom Seewurf ganz andere als im römischen Rechte enthaltene Grundsätze aufgestellt.

Der Prolog dieser Sammlung enthält große Unrichtigkeiten und gehört auch einer spätern Zeit an.

Hiermit stimmen überein: Bynckershök, (Exert. ad L. αξιωσις in opp. min.) Schelling, (diatr. ad L. Rhod. de jactu L. B. 1733) Günther, (hist. jur. rom. § 157. n. i,) Meier, (hist. leg. marit. p. 6.) Martens, (Handels-, Wechsel- und Seerecht. § 142.) Pardessus, (collection de loix maritimes anterieurs au XVIII. siecle Par. 1828. Vol. 1. p. 22.) Mittermaier, (a. a. O.)

Das Gegentheil nimmt an: Leunclavius, (a. a. O.) Vinnius, (note ad Peckium de re nautica.)

§. 36. (M. §. 25.)

Durch ein neueres Gewohnheitsrecht kann ein älteres Gesetz aufgehoben werden.

1) Ein Gewohnheitsrecht, welches alle Erfordernisse hat, ist dem Gesetze gleich. (L. 32. §. 1. D. de

leg. Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragie legislatoris, sed etiam tacito consensu per desuetudinem abrogentur.)

2) So wie durch ein neueres Gesetz das ältere aufgehoben wird, geschieht dies auch durch ein Gewohnheitsrecht.

Hiermit stimmen überein: G. H. Ayrer, (Prog. de consuetudine legem vincente. Gött. 1764.) Kind, (Quaest. for. T. 1. c. 38) Glück, (Einleitung zum römischen Privatrecht §. 6 S. 44.) Falck, (in staats bürgl. Magazin 1. S 372) Mühlenbruch, (doct. Pand. §. 38.) Seuffert, (Archiv f. civ. Praxis XI. S. 360.) Mittermaier. (a. a. O.)

Das Gegentheil nehmen an: F. C. Conradi, (Diss. de consuetudine legem haud vincente. Helm. 1745) Schöman, (Handbuch des Civilrechts 1. N. 2.) C. W. Schweitzer, (de desuetudine libell. sing. Leipzig, 1801. Cap. 3. p. 55.) Der Hauptgrund ist die L. 2. C. quae sit long. consuet: wo es heißt: consuetudinis usque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.

Allein dieses Gesetz steht nicht entgegen: der Sinn desselben geht dahin, die Gewohnheit und ein seit langer Zeit fortgesetzter Gebrauch hat zwar keine geringe Kraft, aber ein so großes Gewicht kann doch denselben nimmermehr beigelegt werden, daß sie über Vernunft und Wahrheit siegen, und hierdurch eine offenbar irrige, dem Geiste des Gesetzes geradezu entgegenstreitende Auslegung begründen können.

§. 37. (M. §. 25.)

Der Eid ist nur ein beschränktes Beweismittel bei einem Gewohnheitsrecht.

1) Da Niemand durch seinen Eid den Rechten eines Dritten zu nahe treten, oder einen Dritten Verbindlichkeiten aufbürden kann, so kann auch durch den Eid überhaupt kein Gewohnheitsrecht erwiesen werden.

2) Der Erfüllungseid hat nur in dem Falle statt, wenn dieser oder jener Umstand schon durch andere Beweismittel zu einem ziemlichen Grade der Wahrscheinlichkeit gebracht worden ist, und durch diesen Eid völlig außer Zweifel gesetzt werden soll; der angetragene Eid, wenn er sich blos auf einzelne Umstände bezieht, ist ebenfalls zulässig. Hiermit stimmen überein: Wernher, (Abhandlungen 37. p. 1.) Eichmann, (Erklärungen des bürgerlichen Rechts Th. 1. S. 412.) Glück, (Einl. S. 47.) Der entgegengesetzten Meinung sind Hertius, (Vol. II. Decis. 408. n. 2.) Strüben, (rechtliches Bedenken Th. 4. n. 163.) Malblons, (de jurejurando §. 44. p. 158.) Hofacker. (Princip. j. civil. T. §. 125.)

§. 38. (M. §. 26. not. 2. 3. a)

Die Sammlung der mittlern deutschen Rechte (Sachsen- und Schwabenspiegel) haben nur da gesetzliches Ansehn, wo sie recipirt sind.

a) Wegen den I. angef. Satz in M. s. §. 15.

1) Diese Sammlungen sind bloße Privatsammlungen, welche weder auf kaiserliche Veranlassung gemacht sind, noch kaiserliche Bestätigung erhalten haben. Es ist unrichtig, wenn angeführt wird, daß Friedrich II. auf dem Reichstage zu Marburg das sächsische Lehnrecht bestätigt und den Sachsenspiegel verbessert habe, denn es wurde nur ein Hoftag zu Hanau und Eger zu der Zeit gehalten. (Häberlin allgemeine Welthistorie B. 1. S. 718. 721.) Auch ist es unrichtig, wenn angeführt wird, daß der Schwabenspiegel vom Kaiser Rudolf bestätigt wurde. (Biener Com. P. II. Vol. I. Lib. II. p. 290. n. 12.)

2) Beide Spiegel sind nicht unter der Benennung gemeine kaiserliche Rechte begriffen; dies ergiebt sich aus dem Inhalte der Reichsgesetze, worin dieser Ausdruck vorkommt. So heißt es in der Reichskammergerichtsordnung. §. 20.:

„es soll das Kammergericht die Appellationen von solchen Interlocuten nicht annehmen, — wie dies in gemeinen kaiserlichen Rechten geordnet oder begriffen ist.“

Diese Stelle bezieht sich auf die L. 2. D. de appell. L. 2. C. de episc.

In der Notariatsordnung Maximil. 1. von 1512. wird gesagt:

„und sollen die Notarien Aufmerkung haben, daß nach kaiserlichen Rechten zur Aufrechthaltung aller oder jetzt gemeldeter Testamente auch wenigstens 7. Zeugen notig.“

Dies ist wieder eine römische Rechtsbestimmung

3) Der Schwabenspiegel enthält römische und canonische Rechtsbestimmungen, diese haben darum gesetzliches Ansehn, weil jene Rechte recipirt sind, alle die übrigen Bestimmungen haben nur dann Gesetzkraft, wenn sie besonders recipirt sind. Der Sachsenspiegel kann nur dann unmittelbar angewandt werden, wenn er durch Gesetz [b]) oder Gewohnheit in seinem ganzen Umfange als Quelle des geltenden Rechts anerkannt ist, wenn nicht die veränderte Staats- und Gerichtsverfassung diese Anwendung ausschließt, und nicht einzelne Institute antiquarisch worden sind, oder neuere Gesetze und Gewohnheiten ihn derogirt und dem fremden Rechte den Vorzug gegeben haben. [c])

b) Im nordischen Deutschland war die Anwendung desselben nach der goldenen Bulle Cap. V. §. 1. 2. eine allgemeine. Griebner opusc. jur, publ. Halae 1722. T. II. sect. III. p. 137. Grupen discept. for. p. 761.

c) Von der Gültigkeit desselben.

1) Im Königr. Sachsen: Ordnung des Oberhofgerichts in Leipzig 1488. Ordnung des Oberhofgerichts in Altenburg und Leipzig von 1493. Appellationsgerichtsordnung von 1605.

2) In den großherzoglich und herzogl. sächs. Ländern, jedoch nur in so weit, als sie in der ehemaligen Landgrafschaft Thüringen und der Markgrafschaft-Meißen gelegen sind. (Kori über die Gültigkeit des Sachsenspiegels und der chursächs. Constitutionen in den Ländern sächs. Rechts in Elvers Themis Bd. 1, Heft 2. not. 13.)

3) In Anhaltinischen nach der erneuerten Landes- und Prozeßordnung von 1685 tit. 35.

4) In den schwarzburgischen Fürstenthümern. Wegen Sondershausen, chursächs. Prozeßordnung von 1622. Wegen Rudolstadt, rudolst. Prozeßordn. von 1704.

5) In Reußischen Ländern recipirte chursächs. Prozeßordnung von 1622.

6) In andern Ländern und Städten als:

a) in Schlesien, doch nur als particulair Recht, als er durch Gesetze und Statuten recipirt ist: als gemeines Recht ist er durch das preußische Landrecht aufgehoben. (Vater über die Grenzen der bisher behaupteten allgem. Gültigkeit des alten Sachsenrechts in Schlesien. Bresl. 1818.)

b) In Holstein mit Ausnahme des Schaumburgischen Antheils. Bordesholmer Vergleich von 1522. Dittmarisches Landrecht. Art. 135.

c) In Herzogth. Lauenburg, so weit es an Hannover gehört, oder an Dänemark abgetreten ist.

d) In der Stadt Lüneburg nach den Statuten. P. 1. tit. 8. §. 1.

e) In Wolfenbüttel doch mit Beschränkungen. S. Privilegien der Henrichstadt von 1602. Tit. XII.

Ist er in Rücksicht einzelner Materien blos bestätigt, so setzt seine Anwendung als Gesetz voraus, daß eine hierauf Bezug habende Bestimmung des geschriebenen und ungeschriebenen Territorialrechts besonders erwiesen sey. [d)]

d) Wegen Braunschweig s. Riccius von Stadtg. S. 157, Eichhorn RG. §. 559. not. e.

Hiermit stimmen überein: Cramer, (Prog. de praesumtione pro jur. rom. contra mores antiq. germ. Marb. 1757) Homel, (de prog. legum justinian. pro jure patr. antiquo in foris germ. Lpz. 1759) Mantzel, (Diss. an et quatenus jur. rom. competat praerogativa prae veteri jure germ. in decid. controvers. jud. Rost. 1756) Brockes, (de exiguo usu antiq. leg. germ. Vit. 1740) Taffinger, (Ueber die Bestimmung des Begriffs der Annalogie des deutschen Privatrechts Th. 1. S. 9) Runde, (a. a. O. §. 39.) Danz, (a. a. O. §. 126.) Eichhorn, (Einl. §. 32.) Insbesondere: Kind de usu et auctoritate jur. Saxonici Lpz. 1783. Quaestiones forens. T. I. not. 64. — Harpprecht von Harpprechtstein speculi suevici et praesertim juris feudalis alemanici in foris

vicariatus saevo franconico palatini non usus modernus Kiel. 1720.

Dagegen behaupten von Senckenberg (Gedanken von dem jederzeit lebhaften Gebrauch des uralten deutschen bürgerlichen = und Staatsrechts. Frankfurt 1759. K. 3. §. 13.) und Fischer (Lit. des germanischen Rechts §. 168) das fortdauernde gesetzliche Ansehn aus dem vorher n. 2. widerlegten Gründen.

Beyer, (delienatio jur. germ.) Engau, (Elem. jur. germ.) Heineccius (hist. jur. germ. Lib. II. §. 42.) sind der Meinung, daß wenn gleich das gesetzliche Ansehn dieser Sammlungen nicht anzunehmen, solche jedoch von der größten Wichtigkeit wären, und auch bei Entscheidungen gebraucht werden könnten.

§. 39. (M. §. 26. not. 4.)

Diejenigen Städte, welche mit dem lubischen Recht bewidmet sind, können blos auf die in jenem Recht enthaltenen Privat- nicht aber Hoheitsrechte Ansprüche machen.

1) Die Bewidmung einer Stadt mit dem Stadtrechte einer andern, welche in frühern Zeiten häufig geschah, [a]) ist, wenn sie auch in unbestimmten Ausdrücken ertheilt wurde, niemals ausgedehnt zu erklären, und im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Regent auf gewisse ihm zustehende Hoheitsrechte verzichtet, und den Unterthanen habe überlassen wollen; es ist vielmehr anzunehmen, daß der Stadt blos die in den Statuten bestimmten Privatrechte ertheilt sind. Hieraus ergiebt sich:

a) daß die Städte, welche mit dem lübischen Recht bewidmet wurden, auf die fiscalischen Vorrechte keine Ansprüche zu machen befugt sind, wenn ihnen solche nicht ausdrücklich ertheilt wurden, oder sie solche aus einem andern Grunde besitzen.

b) Daß durch eine solche Bewidmung die besondern Vorrechte, welche den einzelnen Klassen der Staatsbürger zustehn, nicht verloren gehn, z. B. die des Adels. (Posse Abhandlung über die Rechte des Adels in seiner Abhandl. zum Staats- und Privatrecht B. 1. S. 127.)

2) Ist

2) Ist zwischen den auf Stadtgerechtigkeit gerichteten Freiheitsbriefen und den eigentlichen Stadtrechten zu unterscheiden. [b]) Kaiser Friedrich I. verlieh Lübeck das Stadtrecht, so wie es Soest hatte. [c])

Hiermit stimmen überein: G. L. Mencken, (Diss. de jure fisci ad civitates mediatas s. municipales non pertinente. Goett. 1751) G. L. Böhmer, (Pr. de jure fisci civitat. mediatis vi concessi jur. lubec. non competente. Goett 1757. in Elect. jur. civil P. 2. not. 10. p. 502.) Dreyer, Bedenken: ob die mit lübischem Rechte bewidmeten Landstädte sich des Rechts, die erblosen Güter ihrer versterbenen Bürger zu sich zu nehmen, nach dem B. 2. tit. 2. art. 15 des lübischen Rechts zu erfreuen haben Kiel 1753) Eisenhardt, (Anleitung zum Stadt = und Bürgerrecht S. 160.) Runde, (Geschichte des deut. Privatrechts §. 437.) Danz, (Handbuch des deutschen Privatrechts B. 4. S. 339.) Mittermaier, (a. a. O.) s. auch Reglement für die grosfürstl. Schlesw. Hollst. Justizcanzlei in Kiel vom 13ten April 1765 wo es heißt: da auch ferner in dem lübischen Recht Artikel vorkommen, die Superioritatem territorialem der freien Reichsstadt Lübeck supponiren — so wird unsere allerhöchste Willensmeinung dahin eröffnet, daß diese Artikel — in unsern hollsteinischen Städten nicht zur Anwendung zu bringen sind.

Der entgegengesetzten Meinung sind: Mevius, (coment. ad jus lubec. quaest. praet. VIII. p. 33.) Stein, (Abhandlungen des lübischen Rechts, B. 1. tit. 1. §. 20.) vorzüglich in dem Falle, wenn die Verleihungsurkunde in unbestimmten Ausdrücken abgefaßt ist.

a) So erhielten Ingolstadt, Wasserburg, Landsberg u. a. das Münchner Stadtrecht mit der Formel: „wie denen von München." Das Stadtrecht Lübeck, (Haupt der Hansa, und Oberhof vieler Städte) wurde den holsteinischen, mecklenburgischen, pommerschen u. a. Städten verliehen. Dreyer Einl. z. Lüb. R. S. 202.

b) Hierauf bezieht sich auch die von vielen mißverstandene Stelle des Chronisten Arnold in Chron. Slav. L. II. c. 35. §. 8. Auch ersieht man diesen Unterschied aus den Verleihungsurkunden Friedrich I. v. 1188, und aus der erfolgten Bestätigung Friedrich II. Eichhorn RG. II. §. 263. not. f.

c) Wenn gleich einige das Gegentheil annehmen, als Conring (de orig. jur. germ. c. 28. p. 270) der anstatt sosaticae in der Stelle des Chronisten Arnold — hosaticae lesen will, Dreyer (Einleit. z. Lüb. R. S. 202.) Mittermaier (a. a. O. §. 9. not. g.), so ist doch die richtige Meinung von mehrern vertheidigt: als Riccius Stadtgesetze (C. 5. §. 1.) Eichhorn (RG. II. §. 607. not. i.) s. Ortlof deutsches PR. S. 25.

§. 40. (M. §. 27. not. 2.)

Der Unterschied zwischen statuta personalia, realia und mixta ist zu verwerfen.

1) In der Natur der Staatsgewalt und in der heutigen Verfassung, in der verbindenden Kraft der einheimischen Gesetze und Autonomie der Unterthanen, ist die Regel: daß jeder Unterthan in Rücksicht aller ihn betreffenden Rechtsverhältnisse, nach den Gesetzen zu beurtheilen sey, welche in seinem Wohnorte gelten, indem er diesen zunächst unterworfen ist, begründet. Ausnahmen finden blos bei solchen Rechtsverhältnissen statt: wo

a) vermöge der Natur der gesetzgebenden Gewalt die Unterwerfung unter die Gesetze eines andern Orts nothwendig ist;

b) solche als freiwillig geschehen angenommen werden muß, wenn nur keine einheimische, die Autonomie beschränkende Gesetze, entgegenstehn.

2) Ist der Unterschied weder gnügend, noch immer richtig.

Diese Meinung vertheidigen: Bodman, (Abhandlung: Von dem Verhältniß der Vorstädte zu den Hauptstädten §. 15. not. e.) Siebenkees, (Beiträge zum deutschen Recht Th. 3. S. 1.) Eichhorn, (Einleitung §. 34.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. österreich. Gesetzbuch §. 4. 34 — 37. 500. Der Unterschied wird fast von allen Rechtsgelehrten angenommen: Runde, (a. a. O. §. 53.) Danz, (a. a. O. Th. 1. §. 53. S. 172.) v. Glück, (Erläuterung der Pand. Th. 1. §. 74.) s. a. Codex Maximil. bav. Th. 1. c. 2. §. 17. Pr. LR. Einl. §. 23. Th. 1. tit. 5. §. 111 — 115.

§. 41.

Durch Veränderung des Wohnorts wird in den persönlichen Eigenschaften nichts geändert.

Der Status ist von der Person unzertrennlich, sonach kann derjenige, welcher nach den Gesetzen seines Wohnorts die Volljährigkeit erhalten, alsdann wenn er den Wohnort verändert, nicht in die Minderjährigkeit zurückfallen, wenn die Gesetze des neuen Wohnorts eine längere Dauer oder Minderjährigkeit als die Gesetze des ersteren Wohnorts bestimmen.

Hiermit stimmt überein: die Entscheidung der pr. Gesetzkommission von 24. Januar 1789. (in Klein Annalen der preußischen Gesetzgebung B. 4. S. 172.) das Gegentheil nehmen unter andern an: Voet, (Comment. ad Pand. Lib I. tit. IV. P. 2. §. 7. 8.) Danz. (Handbuch des deutschen Privatr. Th. 1. S. 176.)

§. 42.

Fremde sind den Statuten des Orts unterworfen, in sofern es auf die Form des Geschäfts ankommt.

1) Die Form eines Geschäfts ist nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, wo es vorgenommen ist. [a])

a) Wenn gleich nicht im Allgemeinen der Grundsatz anzunehmen: locus regit actum. Eichhorn Einleit. §. 37.

2) Der Fremde ist, so lange sein Aufenthalt dauert, als zeitiger Unterthan anzusehen.

3) Wenn gleich der Grundsatz richtig ist: leges non valent extra territorium, so wird dadurch jener Grundsatz nicht entkräftet; denn man muß zwischen der verbindenden Kraft eines fremden Gesetzes in Ansehung einer erst vorzunehmenden Rechtshandlung, und den rechtlichen Wirkungen eines Geschäfts, das in dem Gebiete eines fremden Gesetzgebers vorgenommen worden, unterscheiden: das erstere ist blos auf das Territorium des Gesetzgebers beschränkt, indem über die Grenzen eines Landes hinaus sich die Gewalt des Regenten nicht erstreckt. Die letztern, die rechtlichen Wirkungen eines Geschäfts, das nach

den Gesetzen eines Staats in dessen Grenzen gültig geschlossen ist, muß jede Nation als gültig anerkennen, und der Regent des Auswärtigen darf solche, ohne eine offenbare Ungerechtigkeit zu begehen, nicht entkräfen.[b]) Hiermit stimmen überein: de Cramer, (obs. P. II. obs. 553.) Seger, (de vi legum in territorio alieno Lpz. 1777. §. 5.) Glück, (Plan. 1. §. 44.) Danz, (Handbuch 1. S. 181.) Das Gegentheil behaupten: Schilter, (Exercit. ad P. de jure obsidum. Cap. XI. §. 4.)

b) Wegen Anwendung obigen Grundsatzes auf Testamente. S. Mittermaier §. 409.

§. 43. (M. §. 27. not. 6.)

Bei der Intestaterbfolge ist auf die Gesetze des Wohnorts des Erblassers Rücksicht zu nehmen.

Die Erbschaft ist eine universitas juris, sonach können die an einem andern Orte liegenden und zur Erbschaft gehörigen Güter nur nach dem für die universitas geltenden Rechte beurtheilt werden.

Hiermit stimmen überein: Pufendorf, (T. 1. obs. 28.) Mencken, (de statut. civitat. provincialium in suc. ab intestato in dessen opusc. Hal. 1770. N. 8.) Hamm, (de stat. collisione et preferentia in causis successionum ab intest. Erl. 1792.) Martin, (Rechtsgutachten des Spruchcollegiums zu Heidelberg 1808. not. 2. S. 175.) Glück, (Einleitung zum römischen Privatrecht §. 19. und Intestat-Erbfolge §. 42.) Bielitz, (Comentar zum preußischen L. R. 1. S. 132.) Eichhorn, (a. a. O. S. 101.) Mittermaier, (a. a. O.) der nur dann eine Ausnahme macht, wenn Güter an einem andern Orte liegen, für welche als eine abgesonderte Masse eine successio singularis eingeführt ist; z. B. wenn Jemand, der in Baden wohnt, berechtigter Familienfideicommißnachfolger eines in Hannover gestifteten Fideicommisses ist.

Dagegen machen andere: als Gail, (obs. T. II. obs. 124.) Mynsinger, (P. v. obs. 19.) Carpzow, (P. VI. Resp. 39. Consil. Tubing. P. IX. n. 46.)

Hofacker, (Princip. jur. civil T. I. §. 140.) Leyser, (Medit. ad P. Sp. 529. m. 5) Schmidt, (Lehrbuch des deutschen Staatsrechts S. 143.) Danz, (a. a. O. Th. 1. S. 179.) einen Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Gütern, jene sind nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, wo sie liegen, diese nach dem Domicil des Erblassers.

§. 44. (M. §. 27. not. 7.)

Daß bewegliche Sachen nach den Gesetzen des Wohnorts einer Person zu beurtheilen sind, ist nicht ohne Einschränkung anzunehmen.

1) Ist von Erwerbung der Rechte die Rede, so entscheiden die Gesetze des Orts, wo die Sache sich befindet.

2) Ist von Ausübung der Sache die Frage: so wird solche nach den Gesetzen des Orts beurtheilt, unter dessen Gesetzen ein solches Recht ausgeübt wird, da ein Dritter, mit welchem es in Collision kommt, weder durch eine obligatio genöthigt wird, sich nach den Gesetzen des Wohnorts beurtheilen zu lassen, unter welchen es entstanden ist, noch auch die Gesetze des Wohnorts unbedingt entscheiden können, wenn gegen einen solchen Dritten geklagt wird, da er in seinen Rechtsverhältnissen diesen nicht unterworfen ist, mithin nur die Gesetze, deren Schutz er in Anspruch nimmt, zur Beurtheilung kommen: daher können bald die Gesetze des Orts, wo der Rechtsstreit über ein solches Verhältniß geführt wird, bald die des Wohnorts einer solchen Person, die ein Recht ausüben will, zur Entscheidung dienen müssen. Dieser Meinung ist Eichhorn (Einl. §. 36. S. 102.)

Mehrere nehmen darum das Gegentheil an: weil die Regel gilt, mobilia ossibus inhaerent. [a]) Gail observ. II. obs. 124. not. 19.) Danz (a. a. O. S. 178.) Mittermaier (a. a. O.)

a) Ueber den Sinn dieses Satzes s. Bodman neues Territorialverhältniß des Abzugsrechts. S. 167.

§. 45. (M. §. 28.)

Das römische Recht ist unanwendbar auf eigentlich deutschrechtliche Institute.

1) Ein jedes Rechtsinstitut ist aus seinen eigenthümlichen Quellen zu erklären, und selbst analogisch kann das römische Recht auf eigentliche deutsche Rechtsinstitute nicht angewandt werden, (auf eheliche Gütergemeinschaft, Errungenschaft.)

2) Wenn die Particulair-Gesetze keine Entscheidungsnorm enthalten, so finden die Bestimmungen Anwendung, welche aus der Natur des Instituts entlehnt sind.

3) Sind Gewohnheitsrechte oder der Gerichtsgebrauch vorhanden, die eine Entscheidung enthalten, so haben diese den Vorzug vor den römischen: denn

a) gilt das römische Recht so nur als ein jus non scriptum, indem keine ausdrückliche Aufnahme zu erweisen ist; (§. 26.)

b) die Reichsgesetze (Reichs-Cammer-G. O. von 1555. Th. 1. tit. 13. §. 1. J. RAb. §. 105.) verweisen auf solche wie auf andere Rechtsquellen;

c) erwägt man ferner die Art der Reception des römischen Rechts in Deutschland, die Art der deutschen Rechtsbildung (v. Savigny v. Beruf unserer Zeit S. 8. n. 15.), die vielen Beispiele von Gewohnheiten (Falck staatsbürgerl. Magazin 1. S. 368. Kamptz mecklenb. Civilrecht S. 318.) die Aussprüche der Practiker, so kann das Daseyn der auch von den Landrechten (z. B. C. Max. bav. 1. C, 2. §. 15.) anerkannten derogatorischen Gewohnheiten nicht geleugnet werden;

d) was den Gerichtsgebrauch, insbesondere den materiellen betrifft, so beruht dieser auf den Meinungen von Männern, welche mit den besondern Verhältnissen, mit dem Herkommen genau bekannt sind, und die Nachtheile einsahen, welche durch die unbedingte Annahme und Anwendung des römischen Rechts entstanden sind;

e) liegt es in der Natur der Sache, daß Gewohnheiten und der Gerichtsgebrauch den Vorzug haben, indem sie den Verhältnissen, dem Charakter der deutschen Nation, weit anpassender sind, als die in dem römischen Recht enthaltenen Bestimmungen.

4) Da das römische Recht im Personenrecht dem deutschen Recht zurücksteht, (Beyer Disquis. de usu jur. rom. in causis jus personarum in germania concernentibus in s. Delineat jur. germ. B. 3.) so kann auch in dem Adels- und Bauernrechte kein Gebrauch davon gemacht werden, indem die Staatsverfassung der Römer nicht in Deutschland angenommen, worauf die Rechte, welche vorzüglich dem Adel zustehen, beruhen, bei dem Adels-Institute gelten, welche den Römern ganz unbekannt waren. (Brunquell prol. qua in pugna jur. germ. et rom. illud huic imprimis in causarum illustr. decisisionibus praeferendum esse, nisi huius receptio probetur, ostenditur, in dessen opusc. ad hist. et jurispr. spect. n. 29. p. 939 — 958). Pütter (Beitr. zum deutsch. Staats- und Fürstenrecht Th. 2. n. 29. 33.) Westphal (von dem Gebrauch des justinian. Rechts in dem deutsch. Staatsrecht und Privatrechtsgeb. der erlauchten Personen des deutsch. Reichs. Halle 1779.) Bei den Bauern hat das römische Recht um so weniger Eingang finden können, weil die Natur ihrer Verbindung, in welcher sie größtentheils mit ihren Gutsherren stehen, das Wesen der Güter, welche sie besitzen, eine unbeschränkte Anwendung dieses Rechts an sich unmöglich macht.

Hiermit stimmen im Allgemeinen überein. C. Sinceri (Kulpis) Diss. epist. de germanicarum leg. vitiis ac romani juris in republica nostra origine et auctoritate Lpz. 1682.) Schilter (Praxis jur. rom. Exerc. 1. §. 11.) Stein (Disq. an et quatenus jur. rom. computat praerogativa prae veteri jure germ. Rost. 1747.) Kühne (De adplicatione jur. rom. ad instituta germ. propria. Helmst. 1792.) Weber (Versuche über das Civilrecht n. 1.) Danz (a. a. O. 1. §. 70.) Eichhorn (a. a. O. §. 28.)

Die gänzliche Unanwendbarkeit des röm. Rechts auf deutsche Rechtsinstitute nimmt Thomasius an; (an legum juris justinian. sit frequens an exiguus usus practicus in foris germaniae.)

Zweite Abtheilung.

Von dem System der Behandlung und von der Aufsuchung des deutschen Privatrechts.

§. 46. (M. §. 28.)

Der erste, welcher Vorlesungen über das deutsche Privatrecht hielt, war Georg Beyer zu Wittenberg († 1714.)

Danz (a. a. O. Bd. 1. S. 297) ist der Meinung, daß bei der Stiftung der Universität zu Kiel (1665) ein eigner Lehrstuhl für das deutsche Privatrecht errichtet sey. Falck (Encyclopädie §. 121.) ist der entgegengesetzten Meinung und bemerkt, daß anfänglich gar nicht daran gedacht wurde, Vorlesungen über das deutsche Recht zu halten; daß erst im Jahre 1680 über die Differenzen des deutschen und canonischen Rechts gelesen wurde, und im Reglement der Universität von 27. Jun. 1707. §. 2. bestimmt ist, daß das jus patrium (wahrscheinlich deutsches Privatrecht) und der processus, aufgenommen werden soll, s. u. Mittermaier a. a. O. not. 17.

§. 47. (M. §. 29.)

Ein allgemeines deutsches Privatrecht im juridischen Sinne giebt es nicht.

Die Meinungen über die Existenz des deutschen Privatrechts, und die Quellen, aus welchen solches abzuleiten, sind sehr getheilt.

1. Einige behaupten, daß es ein allgemeines deutsches Privatrecht gebe, welches practisch anwendbar und in dem nämlichen Sinne gemeines Recht sey, in welchem dem römischen Recht diese Eigenschaft beigelegt werde.

Sie weichen aber in Rücksicht der Quellen desselben von einander ab: indem

a) Einige annehmen, daß den altdeutschen Gesetzen noch mehr den Rechtsbüchern des Mittelalters ein gesetzliches Ansehn beizulegen sey: als Engau, (elem. jur. germ.) v. Senckenberg, (Abhandlungen von dem jederzeit lebhaften Gebrauche des uralten bürgl. und Staatsrechts. F. 1758.) Fischer, (Entw. einer Geschichte des deutschen Rechts 1781.);

b) Andere das deutsche Recht auf die Uebereinstimmung der Particular-Gesetze bauen, und die durch diese Uebereinstimmung zu gewinnenden Sätze als überall anwendbar erklären, wo nicht Landesgesetze oder die Absicht der Contrahenten andere Normen vorschreiben, als Mylius, (Diss. de genuino jur. germ. univers. hodierni privati conceptu, mediisque illud meliorem in ordinem redigendi. Leipz 1757. §. 10.) v. Selchow. (Elem. jur. priv. germ. §. 1. 4.)

c) Andere noch aus den allgemeinen Reichsgesetzen allgemeine Gewohnheiten und aus der Natur der Sache ein gemeines deutsches Recht zu begründen suchen, als: Runde. (Gr. des deutschen Privatrechts §. 79.)

Diese in lit. b. und c. Genannten behaupten sonach ein jus germanicum in thesi.

II) Andere verwerfen die Aufstellung eines practisch allgemeinen deutschen Privatrechts und wollen nur eine Einleitung in die Particulärrechte geben, indem sie nur ein deutsches Privatrecht construiren wollen, das zur Erklärungsquelle deutscher Particulärrechte dienen und von dem, wenigstens in mehreren Theilen Deutschlands vorkommenden einheimischen Instituten den Begriff und die leitenden Grundsätze durch Abstraction aus den Particulärrechten und durch Benutzung der sonst gültigen allgemeinen Rechtsgrundsätze aufstellen soll. Dieser Meinung ist vorzüglich Hufeland. (Beitrag zur Berichtigung und Erweiterung der pos. Rechtswissenschaft S. 1. 12. 3. N. 5. not. 15.)

III) Noch Andere nehmen blos die Aufstellung einer allgemeinen Theorie der einzelnen Rechtsinstitute an, entweder

a) durch das Zurückgehen auf den Ursprung der deutschen Institute, durch die Benutzung der ältern Rechtsquellen und die daraus herzuleitenden analogischen Rechtsbestimmungen, welcher Meinung unter andern sind: Pütter, (elem. j. germ. Ebend. Beitrag zum deutschen Staats- und Fürstenrecht Gött. 1779. 7. B. 27. Abhandl.) Rudolph. (de jure germ. justa method. tract. Gött. 1767.); oder

b) durch die Nachweisung eines analogischen deutschen Privatrechts, welches lehrt, die heutige Beschaffenheit deutscher Institute aus der Entstehung und Ausbildung des allgemeinen Begriffs und Grundsatzes zu bestimmen, wie Taffinger (Ueber die Bestimmung des Begriffs der Analogie des deutschen Privatrechts. Ulm 1787.) sonach ein jus germanicum analogicum annehmen.

c) Noch andere wollen blos ein deutsches Privatrecht der Theorie nach aufstellen, das anwendbar seyn soll, wenn in einem deutschen Staate ein Institut vorkommt, und wobei die Rechtsidee, welche bei jedem Institut leitet, durch Verfolgung der Gemeinschaft des Ursprungs und der Fortbildung aufgesucht werden soll. Dieser Meinung sind Eichhorn (Einl. zum deutschen Privatrecht §. 39.) Weisse. (Einleitung in das gemeine deutsche Privatrecht §. 42. 43.)

Diese letztere Meinung ist die richtigere: denn versteht man unter gemeinem Recht im juridischen Sinne dasjenige, welches in den Staatsgesetzen gegründet, oder durch sie als fremdes Recht, allgemeine Gültigkeit erhalten hat, wie das römische, so kann es kein allgemeines deutsches Privatrecht geben; (jedoch mit der in der Nota a) enthaltenen Ausnahme) nimmt man aber gemeines Recht im historischen Sinne, als ein solches, welches allgemein gültig ist, indem es in mehreren Particulair-Gesetzen der deutschen Bundesstaaten enthalten, aus denen diese Bestimmungen genommen, so läßt sich

an der Existenz eines allgemeinen deutschen Privatrechts nicht zweifeln. Die in demselben aufgestellten Grundsätze sind practisch geltend, indem sie durch eine in Deutschland bestehende Gesetzgebung sanctionirt sind; sie sind aber nicht allgemein geltend, indem sie keine der Gesetzgebungen als eine allgemein gültige Norm ausgesprochen hat.

Die zur Unterstützung der erstern Meinung, daß es ein allgemeines Privatrecht gebe, vorgebrachten Gründe sind ohne Gewicht, denn weder den ältern deutschen Gesetzen, noch den Rechtsbüchern des Mittelalters kann ein gesetzliches Ansehn beigelegt werden; (§. 15. und 38.) noch giebt es allgemeine Gewohnheitsrechte, (§. 49.) noch kann aus der Uebereinstimmung der Partikulär-Rechte ein allgemeines Recht entstehen (48), indem der Quelle die Allgemeinheit fehlt, auch haben die Reichsgesetze als solche ihr allgemein verbindliches Ansehn verloren (§. 27.) und die Natur der Sache, von welcher in Beziehung auf ein Institut des heutigen Rechts die Rede ist, kann nur aus den Bestimmungen eines heutigen Particulair-Rechts abgeleitet werden. Sonach ist die Natur eines deutschen Instituts daraus nicht allgemein erklärbar. (§. 50.)

Was die andere Meinung betrifft, so sind die Rechtssätze, (welche dadurch entstehen, daß man zuerst den Ursprung des Instituts erforscht, aus der Natur des Instituts selbst allgemeine Grundsätze entwickelt, diese mit den vorhandenen auf das Institut sich beziehenden Partikulairgesetzen vergleicht,) doch nur als ein hypothetisch anwendbares Recht anzusehen, indem ihr Gebrauch dadurch bedingt ist, daß in den zunächst anwendbaren Rechtsquellen der nämliche Begriff des Instituts zum Grunde liegt, von welchem in der Theorie ausgegangen wird;. (vergl. Zeitschrift 1. not. 7. Eichhorn über das geschichtliche Studium des deutsch. R. S. 130. [a])

a) Der Art 18 der deut. Bundesacte, welcher mehrere vortheilhafte Bestimmungen für die deutschen Unterthanen enthält, ist allgemein verbindlich, durch sie wird, wie in dem Präsidial-Vortrage bei Eröffnung der Bundesversammlung von 5. Nov. 1816 gesagt wird, ein wahres deutsches Bürgerrecht begründet. In dem Vortrage über die

Reihenfolge loco dictaturae, gedruckt zu dem Protocoll von 17. Febr. 1817 heißen sie wohlthätige Bestimmungen, durch die ein allgemeines deutsches Bürgerrecht begründet werden soll. In der vorläufigen Competenz-Bestimmung §. 223. lit: B. des Prot. von 12. Jan. 1817. S. 450 wird der Bundesvertrag empfohlen, darauf zu achten, daß diese Bestimmungen in Erfüllung gebracht werden. Mecklenburg erkannte in dem 18. Art. den Zweck: daß der Deutsche in keinem Theile des verbündeten Deutschlands als Fremder behandelt und dadurch das Gefühl eines gemeinsamen Vaterlandes wieder erweckt werden soll. Protocoll von 1817. §. 333.

§. 48. (M. §. 31.)

Durch die Uebereinstimmung der Particulärrechte entsteht kein allgemeines Recht.

Zum Wesen eines gemeinen Rechts wird eine wirkli- Staatsverbindung als Grund der allgemeinen Gültigkeit der Rechtsnormen erfordet, und die materielle Uebereinstimmung der Rechtssätze oder selbst des Gebrauchs gemeinsamer Rechtsquellen ist hierzu nicht hinreichend. Wenn daher noch so viele Landesgesetze übereinstimmen, so kann doch die aus der Uebereinstimmung entstandene Regel nicht einem andern Lande Gesetz seyn. Hiermit stimmen überein Runde (in der Vorrede zur 1sten Ausgabe seiner Grundsätze.) Danz (Handbuch d. deutsch. Privatr. §. 99.) Mittermaier ein Versuch der wissenschaftlichen Behandlung des deutsch. Privatrechts §. 11. 19. Falck Encyclopädie §. 11.; das Gegentheil behaupten Pütter (Elem. jur. pr. §. 68 — 73.) Selchow (Elem. jur. pr. §. 1. 4.) Rudolf (de jur. germ. justa method. tract. Goett. 1767.)

§. 49. (M. §. 32.)

Allgemeine Gewohnheitsrechte im juridischen Sinne giebt es nicht.

Denn 1) kann nur das für allgemein im juridischen Sinne gehalten werden, was für ganz Deutschland Gebot ist, wenigstens in jedem Falle gilt, wo das bessere Recht einer Provinz oder eines Orts nicht dagegen ist;

2) indem, wenn eine Gewohnheit in Zweifel gezogen wird, es nothwendig wird, die in dem römischen Rechte be-

gründeten und in neuern Zeiten noch genauer ausgebildeten Erfordernisse zu beweisen, dieser Beweis aber nur in Rücksicht auf eine bestimmte Handlung zu führen ist, diese Handlungen aber, ihrer Natur nach, den Charakter der Allgemeinheit ausschließen, weil sie nur an bestimmten einzelnen Orten vorgenommen werden können;

3) wenn auch erwiesen wird, daß eine Gewohnheit noch an so vielen Orten gilt, diese doch nicht eine Gewohnheit im juridischen Sinne seyn kann, sondern blos im historischen Sinne, indem sie in jedem Orte, wo sie als geltend angesehen werden soll, doch nicht deshalb gilt, weil sie an mehreren Orten gültig ist, sondern weil sie gerade für diesen Ort anerkannt ist, oder in Zweifel erwiesen werden muß.

Hiermit stimmen überein: Hufeland (Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der pos. RW. St. 1. Abth. 1. S. 1 — 44. Danz (Handbuch des deutsch. Privatr. Th. 1. S. 330. Das Gegentheil nehmen an: Riccius (Specil. jur. germ. p. 31.) Grupen (Discept. p. 355.) Dreyer (Nebenstunden S. 130.) Pütter (Beitr. zum Staats= und Fürstenrecht. Th. 2. not. 21.) Mylius (de genuino jur. germ. unvers. hod. Lpz. 1751. p. 18.) Runde (Gr. des deutsch. Privatr. §. 80.) Reinhard (de consuet. germ. Dresd. 1805.) Weise (Einl. zum deutsch. R. S. 50.) Mühlenbruch (Doctr. Pandect. §. 39.) Eichhorn a. a. O. §. 26. Ihre Gründe sind:

1) Ein aus dem Leben und Bedürfnissen des Volkes hervorgegangenes Recht läßt sich als ein allgemeines Gewohnheitsrecht in sofern annehmen, als ein Grund innerer Einheit für alle Gewohnheiten behauptet werden kann.

Dieser Grund aber ist auf Deutschland unpassend, welches aus so verschiedenen Völkerstämmen zusammengesetzt ist, unter welchen eine völlige Uebereinstimmung der Rechtsideen darum nicht Statt finden kann, da Sitten und Gebräuche bei den Einzelnen sehr verschieden waren, der Grund der Einheit daher bei vielen Gewohnheitsrechten nicht anzunehmen ist.

2) Im Mittelalter hat es sehr viele Gewohnheiten gegeben, auf welche sich in den Reichsabschieden und Urkunden bezogen wird.

Wenn sich im Mittelalter mehr als jetzt auf Gewohnheiten bezogen ward, so war der Grund der, weil es an geschriebenen Rechtsnormen vielfach ermangelte, und sonach Gewohnheitsrechte die vorzüglichsten Entscheidungsnormen waren.

3) Die Praxis erkennt solche an, (Gail observat. Lib. II. obs. 19) mehrere Landesgesetze beziehen sich auf solche (Codex Maximil. bav. Bd. 1. c. 2. §. 15. Wegen Sachsen Curtius sächs Civilrecht 1. S. 36.)

Wenn man Juristen als Repräsentanten des Volks bei der Rechtsgeburt ansieht, und das Zeugniß der Practiker als baare Münze, so hat freilich ihr Ausspruch eine große Auctorität, hatte solche auch wirklich in ältern Zeiten, wo die Urtheilsfasser, wenn sie sich nicht anders zu helfen wußten, auf Juristen von Ansehn sich beriefen: das jus auctoritativum macht den großen Theil eines noch geltenden Civil-Codex (Cod. Max. bav.) aus; auch ist nicht zu läugnen, daß die Zeugnisse der Rechtsgelehrten und Practiker zum Beweise einer Local-Gewohnheit benutzt werden können, so wie die Parrere der Kaufmannsinnungen in Handelssachen. Allein wird denn durch dies der Beweis eines allgemeinen Gewohnheitsrechts begründet?

4) Eine Regel, welche sich aus Handlungen einzelner Personen ableiten läßt, kann nur dann auf eine bestimmte Localität oder auf einen bestimmten Stand jener Personen beschränkt werden, wenn das Rechtsverhältniß, auf welches es sich bezieht, lediglich einer bestimmten Oertlichkeit oder einem besondern Stande angehört, sie muß hingegen, sobald dieses selbst eine allgemeinere Ausbreitung hat, auch in der nämlichen Allgemeinheit Statt finden, so lange sich nicht zeigen läßt, daß ihr eine besondere Localität oder Individualität im Wege steht.

Allein das, was an vielen Orten gilt, ist doch nicht allgemein gültig.

5) Die Allgemeinheit beruht darauf, daß die übereinstimmenden Gewohnheitsrechte auf einen gemeinschaftlichen Ursprung zurückgeführt, und eine aus der Natur des Instituts hervorgehende Rechtsansicht nachgewiesen
Allein auf diese Art entsteht nicht das, was juridisches werden kann.
Recht ist, sondern blos ein historisch allgemeines Recht.

6) Ermangelt es auch in Handels- Wechsel- Zunft- und andern Sachen gar nicht an allgemeinen Gewohnheitsrechten.

Prüft man die im Katalog von Gewohnheitsrechten enthaltenen und als allgemein angenommenen (Riccius sp. jur. germ. p. 17. Falck in Magazin 1. S. 168. Kamptz mecklenb. Civilrecht S. 318) genauer, so ergiebt sich das Gegentheil. [a]) Würde wohl der Sohn, der die Aufhebung der väterlichen Gewalt auf eine allgemeine Gewohnheit stützt, der Kaufmann, der die halbe Beweiskraft des Handelsbuchs behauptet, oder der, welcher die Erblosung, allgemeine Gütergemeinschaft unter Eheleuten, die Wachstrenge durch eine allgemeine Gewohnheit begründen wollte, von dem Beweise befreit werden können?

a) Wenn gesagt wird, daß der Satz: ein Vertrag, welcher die allgemeinen Erfordernisse hat, verbindet auch ohne Förmlichkeit, auf einer allgemeinen Gewohnheit beruhe: so ist dies darum unrichtig, weil ja dieser Satz nicht undeutlich in dem neueren römischen Recht enthalten ist. L. 10. C. de contrah. stipul. §. 1. J. de verb. obleg. Leyser Meditat. ad P. Sp. 39. n. 5.

7) Der Grundsatz, daß es keine allgemeinen Gewohnheiten giebt, ist weder im römischen noch canonischen Rechte begründet, sondern neuere Schriftsteller sind durch eine unphilosophische Ansicht von der Bedeutung der positiven Rechtswissenschaft zur Aufstellung desselben verleitet worden. (Ein von Eichhorn vorzüglich gebrauchter Grund.)

Das römische Recht schreibt die Erfordernisse vor, welche ein Gewohnheitsrecht haben muß: diese müssen, wenn das Gewohnheitsrecht gültig seyn soll, erwiesen werden. Die Erfordernisse, die das römische Recht zur Begründung eines Gewohnheitsrechts vorschreibt, sind

aber von der Art, daß es kein allgemeines Gewohnheitsrecht geben kann. Unter andern Gleichförmigkeit der Handlungen der Unterthanen; daß die Bedingungen der Gültigkeit und die Art des Beweises nach den Bestimmungen der fremden Rechte zu beurtheilen sind, wird von den Gegnern selbst zugegeben.

§. 50. (M. §. 33.)

Die Natur der Sache ist Quelle des deutschen Privatrechts.

Wenn unter Natur der Sache Regeln verstanden werden, welche aus der in einer auf mannichfaltige Verhältnisse deutscher Particulair-Gesetze begründeten Gemeinschaft des Ursprunges, und eben deshalb in einem innern Zusammenhange stehend, entwickelt und gebildet werden, so finden solche überall Anwendung, bis nicht das Daseyn einer Anamolie im Particulairrechte dargethan wird.

Wird aber unter Natur der Sache ein Inbegriff von Regeln verstanden, welche aus der Natur eines Rechtsinstituts durch philosophisches Räsonnement und willkührliche Abstraction aus einem sogenannten Vernunftrechte entwickelt werden, so ist freilich eine solche nicht als Quelle des gemeinen Privatrechts anzusehen.

Hiermit stimmen überein: Weisse, (Einleitung zum deutschen Privatr. §. 37) Danz, (Handbuch des deutschen Privatrechts 1. §. 80) Eichhorn, (in der Zeitschrift 1. not. VII. Abh. über das geschichtl. Studium des deutschen Rechts S. 130 und Einl. §. 40) und Mittermaier. (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Hufeland, (Einl. in d. W. d. h. d. Privatr. §. 21. not. 3) Runde. (deutsches Privatrecht §. 80.)

§. 51.

Auf die Meinungen der Rechtsgelehrten und auf die Präjudicia kann der Richter nicht unbedingt sein Urtheil bauen.

1) Daß der Richter alsdann, wenn er keine Entscheidungsnorm in den Gesetzen findet, die Meinungen bewähr=

währter Rechtsgelehrten, wenn solche sich auf die Natur der Sache stützen, berücksichtigen kann, ist wohl unbedenklich, ihnen aber einen unbedingten Beifall zu geben, würde gegen die Regeln richterlicher Klugheit anstoßen. Eben dies gilt aber auch

2) von den Präjudicien, Rechtsprinicipien, Rechtssätzen, welche aus gleichförmigen Sentenzen entspringen.

Die Richtersprüche sind keine Gesetze, und die Richter keine Gesetzgeber. (non spectandum est, quid Romae factum est, quam quid fieri debeat, non exemplis sed legibus judicandum est L. 12. D. de officio praesidis L. 13. C. de sent.) Die bloße Gleichförmigkeit abgegebener Urtheile bildet und bewirkt auch an sich kein eigentliches Gewohnheitsrecht, weil es nicht aus der Meinung der Nothwendigkeit oder der Absicht, daß gerade so zu erkennen sey, wie vorhin geurtheilt ist, sondern bei den mit Mehrern besetzten Gerichten, allezeit aus der Mehrheit der Abstimmenden hervorgeht, die sich oft ändert und nach der Natur der Sache oft ändern kann.

3) Wenn angenommen wird, daß den Präjudicien des Oberrichters durchaus nachzufolgen, und der Richter seine, von der bisher angenommenen Erklärungsart abweichende Meinung unterdrücken, mithin in verba magistri schwören müsse, so hat diese Meinung nicht nur:

a) das Gesetz gegen sich, (L. 13. C. de sent.) sondern es wird auch

b) nicht nur das freie und unabhängige Stimmrecht und die Pflichtmäßigkeit des Unterrichters in Urtheilen unterdrückt, sondern auch das Studium der Gesetze, das fortbildende Fortschreiten in der Kultur der Rechtswissenschaft, und damit zugleich die bessern Einsichten und Beurtheilungen zweifelhafter Rechtssätze gänzlich verstopft werden müssen.

4) Es würde aber gegen die Gesetze anstoßen, (L. 38 D. de legibus: rerum similiter judicatarum jüngster Reichsabschied §. 136) wenn der Richter die Mei-

nungen der Rechtsgelehrten gar nicht berücksichtigen dürfte, wenn diese mit der Analogie der Gesetze und Natur des Instituts im Einklang stehe, und hierauf die ableitenden Principien begründet sind, oder wenn er nicht dem materiellen Gerichtsgebrauche der Präjudicien folgen dürfte.

5) Die in den Urtheilen von kundigen und aufgeklärten Richtern ausgesprochenen Erfahrungen geben an sich schon sichere und gewisse Normen, wo die Gesetze keine deutlichen und bestimmten Vorschriften ertheilen, und nehmen den Charakter eines Gewohnheitsrechts an, weil man dabei die stillschweigende Genehmigung des Gesetzgebers um so mehr voraussetzen kann, als es demselben unmöglich fällt, Ungewißheiten und Verwilligungen in seinen Gesetzen zu vermeiden.

6) Wollte man bei der Menge der Controversen des gemeinen und particulairen Rechts den Entscheidungen der höchsten Gerichte keinen Beifall geben, und in völlig gleichen Fällen bald so, bald anders entscheiden, so müßte nothwendig eine höchst verderbliche Ungewißheit des Rechts entstehen.

7) Den Entscheidungen der höchsten Landesgerichte ist auch in den Fällen zu folgen, wo durch neuere Untersuchungen der Rechtsgelehrten Irrthümer bei der Interpretation der Gesetze, oder Entscheidungen entdeckt sind.

Sehr bedenklich ist es, dergleichen neue Ansichten in Rechtssprüchen sogleich zur Anwendung zu bringen; (Hommel Rhaps. Quaest. ob. 318.) da nicht selten die, als einzig vorzüglich aufgestellte neue Ansicht, die Controverse zu entscheiden, von scharfsichtigen Juristen wieder angegriffen, und durch starke Gegengründe widerlegt wird. (Gensler, v. Löhr, Mittermaier und Thibaut Archiv der civilist. Praxis B. 5. S. 313. B. 6. S. 45.)

Hiermit stimmen überein: Thomasius, (de jure consuet. et observ. §. 59) Hymmen, (Beitrag zur Literatur in den preußischen Staaten Th. 1. not. 1.) Gribener, (de observantiis collegiorum judicorum)

Böhmer, (de injusta theoriae et praxeos oppos. forensi) Reinhart, (ad Christ. 1. 3. 4.) Kreitmeier, (Anmerk zum C. Max. Th. 1. C. 2 §. 14.) Hofacker, (Princip. jur. civil. T. 1. §. 127. wo er sagt: Praejudicia — 1) juris vim plane non habent, donec haec illis ex rerum perpetua similiter judicatorum auctoritate non accedat: sed temen 2) in rebus dubiis et ubi interpretationi doctrinali locus sit, in argumentis forensibus cautius est, antecessorum auctoritatem sequi, quam suo sensu nimis adundare.) Günther und Hagemann. (Archiv. d. theort. pract. Rechtsgel. Th. IV. not. 1. §. 8. und des letztern pract. Erört. B. VII. not. XLI.)

Dagegen nehmen mehrere an, daß den Meinungen bewährter Rechtsgelehrter unbedingt zu folgen sey, Präjudicia die Kraft der Gesetze haben, und gleichsam als Orakelsprüche zu betrachten sind, als: Cothman (Vol. 1. cons. 13. not. 130.)

Andere dagegen behaupten, daß sie gar keinen practischen Werth haben: als Haus, (Abh. üb. d. rechten Werth d. Gerichtsbrauchs Erl. 1798.) Guilleaume, (Abhandlungen von d. Rechtslehre v. Gewohnheit. § 155.) Pufendorff, (in prov. civil. br. luneb. P. 3. c. 22. §. 16) Struben, (de jure villic. c. 3 §. 29.) In einigen particulairen Gesetzen [a]) ist diese oder jene Meinung bestätigt. Codex Maximil bav. Th. 1. K. 2. §. 14. not. 2. Glossen und Meinungen derer Rechtsgelehrten (sie seyn communes oder nicht) gehören unter geschriebene und ungeschriebene Rechte, kommen auch nur so weit in Consideration, als sie der Doctrinalauslegung gemäß sind. Preußisches Landrecht Einleitung §. 6 Auf Meinungen der Rechtsgelehrten oder ältere Aussprüche der Richter soll bei künftigen Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden.

a) Waldeck in Controvers-Entscheidungen des gemeins. Oberappell. des H. Braunschweig und Fürst. Waldeck zu Wolfenbüttel. Th. I. not. 1. bemerkt, daß bei Entscheidungen des Obertribunals auf die Schriften der Rechtsgelehrten keine Rücksicht genommen werde.

§. 52. (M. §. 37. not. 7.)

Das Personenrecht ist dem Sachenrecht voraus zu schicken.

1) Gesetze und Rechte beziehn sich zunächst auf die im Staate lebenden Personen; sonach ist es nothwendig, zuvor die verschiedenen Klassen dieser und die persönlichen Verhältnisse kennen zu lernen, ehe von den Rechten und Verbindlichkeiten in Ansehung ihrer Besitzungen und überhaupt von Sachen gehandelt werden kann.

2) In dem Sachenrecht kommt vieles vor, was nur durch das Personenrecht seine Erklärung erhält, sonach kann jenes nicht vollständig und deutlich erläutert werden, wenn dieses nicht voraus geschickt ist.

3) Auf den Umfang dieses oder jenes kommt es bei der wissenschaftlichen Stellung beider Rechtstheile nicht an.

Hiermit stimmen überein: Danz, (Handbuch des deutschen Privatrechts Th. 1. §. 88. S. 355) Mittermaier. (a. a. O.)

Der entgegengesetzten Meinung ist unter andern Runde, (deutsches Privatrecht §. 101. und in der Vorrede S. 11.) und zwar darum, weil für die theoretische Behandlung deutscher Rechte die justinianeischen Institutionen kein befolgungswerthes Muster der Ordnung geben, daß das deutsche Personen- und Sachenrecht gegen das römische im geraden umgekehrten Verhältnisse stehe, das römische Personenrecht äußerst dürftig und einfach sey, das unsrige aber bei der großen Verschiedenheit der Stände sehr reichhaltig und zusammengesetzt. So gleichgültig auch die Deutschen es geschehen ließen, daß fremde Rechtsgrundsätze in Ansehung der Sachen zur Anwendung kämen, so eifersüchtig sey dagegen jede Volksklasse in Behauptung der besondern ihre Standesverhältnisse betreffenden Privatrechte gewesen: auch sey das deutsche Sachenrecht viel einfacher und von einem geringern Umfange, als das römische.

§. 53. (M. §. 37. not. 7.)

Das Lehnrecht ist mit dem deutschen Privatrechte zu verbinden.

1) Das Lehnrecht hat seine besondere Bearbeitung den libris feudorum zu verdanken. Die Sonderung des longobardischen Lehnrechts von dem römischen geschah erst zu der Zeit, da man anfing, bei dem Rechtsstudium mehr auf die Hülfswissenschaften zu sehn, geschichtliche und philologische Kenntnisse zu verbinden; denn vorher trugen die Glossatoren das Lehnrecht in den Pandekten im Tit. de emphyteosi und de patronis vor.

Die Grenzbestimmung der einzelnen Rechtstheile, welche erst im 17. Jahrhundert anfing, wies dem Lehnrechte, als einem aus verschiedenen Quellen zu erläuternden Rechtstheile seinen Platz an; daß dadurch solches mehr ausgebildet wurde, ist unbezweifelt.

2) Die zu damaliger Zeit nothwendige Sonderung beider Rechtstheile fällt aber jetzt weg. Denn

a) ist keine Vermischung lehn- und privatrechtlicher Grundsätze zu befürchten;

b) wird dadurch der ferneren Ausbildung des Lehnrechts nicht geschadet, da die Bearbeitung der einzelnen Lehren doch immer das wichtigste bleibt, und diese mit und ohne eine solche Verbindung bestehen kann;

c) da das Reichslehnrecht, welches einen Theil des Lehnrechts ausmachte, und mit demselben vorgetragen wurde, nach Aufhebung des deutschen Reichs antiquarisch geworden.

3) Entstehen durch die Verbindung wesentliche Vortheile.

a) Braucht nicht von den Quellen und Hülfswissenschaften, die diesen beiden Theilen gemeinschaftlich sind, gehandelt zu werden.

b) Eben dies ist der Fall bei mehreren Lehren, welche beiden Theilen gemeinschaftlich sind; wodurch überdies der Vortheil entsteht, daß gewisse Lehren, welche ihren Sitz in einem der Theile haben, und wovon andere Lehren in dem andern Theile den Grund enthalten, weit

besser als zuvor erläutert werden können, indem keine Zerstückelung mehr vorhanden ist.

c) Auch wird dadurch Zeit gewonnen, unbeschadet des gründlichen Studiums, welche auf die Anhörung neuer, durch die politischen Veränderungen veranlaßter Vorlesungen verwendet werden kann.

Hiermit stimmen überein: Hugo, (jurist. Encyclopädie S. 172.) Schmalz, (Handbuch d. d. Land- und Lehnrechts) Gründler, (Einleitung zu dem in Deutschl. geltenden Land- und Lehnrecht §. 36.) Eichhorn. (Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluß des Lehnrechts.)

Andere als: Runde, (deutsches Privatrecht Vorr. S. XX.) u. Mittermaier (a. a. O.) nehmen das Gegentheil an. Die vorzüglichsten Gründe sind:

1) indem es unmöglich sey, so wichtige Lehren zusammen in einer Vorlesung zu erörtern. Das Beispiel der Franzosen, welche keine Vorlesungen über das Lehnrecht halten, sey nicht zu befolgen.

2) Schon in den Rechtsbüchern des Mittelalters waren Land- und Lehnrecht getrennt, indem man eingesehen, daß beides auf ganz verschiedenen Grundbegriffen beruhe, und die Sache damit nicht erschöpft sey, wenn bei der Lehre vom getheilten Eigenthum auch etwas vom Lehn gesagt wird. Wer das Lehnrecht mit dem Meyerrechte vergleichen könne, um jenes, wie dieses als Bruchstück eines gemeinen deutschen Privatrechts darzustellen, der zeige deutlich genug, daß er das Wesen und den Umfang weder von dem einen, noch von dem andern gehörig erwogen habe.

3) Im Lehnrecht, welches seine eigenen Quellen hat, sey der Zusammenhang der Lehren, die sonst im Privatrechte sehr zerstückelt vorgetragen werden müßten, besser durch einen blos auf das Lehnrecht beschränkten Vortrag klar zu machen.

Hieraus geht so viel hervor, daß die Lehren des deutschen Privatrechts nicht mit denen des Lehnrechts vermischt werden, nicht aber, daß keine Verbindung beider

Rechtstheile statt finden kann: ich bin daher auch der ersten Meinung. (s. System des Land- und Lehnrechts Nürnberg 1828.) Wenn Studienplane die Trennung bestimmen, so müssen freilich solche befolgt werden.

I. Buch.

Allgemeine Lehren des deutschen Privatrechts.

Erste Hauptabtheilung.

Von den Subjecten des Rechts.

Erste Abtheilung.

Von dem Einflusse des natürlichen Zustandes.

§. 54. (M. §. 41. not. 1.)

Zur Erbfähigkeit eines neugebornen Kindes und zum Beweise des Lebens ist nach ältern deutschem Recht das Beschreien der vier Wände und das Eröffnen der Augen nothwendig, und konnte nicht durch andere Lebenszeichen ersetzt werden.

1) In der Lex Aleman. Tit. 92. heißt es:

Hereditas materna defuncti pueri ad patrem ejus pertinet, si testes habet pater ejus quod vidissent, illum infantem oculos aperire et potuit culmen domus videre et quatuor parietes.

Sachsenspiegel B. 1. art. 33.

Wird das Kint lebendig geboren und hat die Vrave das gezeuny von vier mannen die iz gehört haben und an denen weibern die ihr hulphen zu derer Arbet, daz Kint behalt daz vater erve.

Sächsisches Lehnrecht cap. 20.

Wenn der Son noch des Vaters Tode leb:, also lange daz man seine Stimme gehoren mat, in vier wenden des Huses, so ist er beerbt mit seines Vaters Lene.

Schwabenspiegel c. 298

Das Kind lebt also lang muz es die Augen auflöt, und sieht dye vier wende des Hauses.

Erfurter Statuten v. 1306. art. 29.

Daß das Kind nach der Geburt gelebt und das heißt die Wende beschreyen.

Nordstrandisches Landrecht v. 1588. art. 15.

Wenn ein Kind geboren wardt, das einen lebendigen Athem hat, dat salve scholl in Erve sein na olden Landrecht.

Hiermit stimmt auch überein das Wurster Landrecht Th. 1 art. 1. §. 1. und die Eisenacher Statuten Th. 1. tit. 4. §. 7.

2) Spricht dafür der Charakter der symbolischen Jurisprudenz, das Bild im heidelberger Bildercodex, die Allgemeinheit des germanischen Rechts, dann die altenglischen Rechte, (Glanvilla in Hourod traitè 1. p. 497.) und die nordischen. (Grimm in der Zeitschrift 11. 69.)

Hiermit stimmen überein: Heuman, (medit. de jure germ. genio recte internoscendo. §. 10. und in Exercitationes jur. univers. Vol. V. p. XXV.) Tresenreuter, (observ. jur. germ. Gött. 1761. obs. 1. §. 2.) Walch, (de infante herede. in opusc. T. II. p. 213.) Runde, (a. a. O. §. 288) Mittermaier, (a. a. O. und in Beitr. zum deutschen Privatrecht. Landshut 1824. S. 6.)

Dagegen behaupten andere, als: Eichhorn (Einleitung zum deutschen Privatrecht §. 332.) und Ortloff, (Gr. d. System d. deutsch Privatrechts S. 161.) daß es nicht ein nothwendiges Zeichen des Lebens gewesen seyn, wie sich aus mehreren Gesetzen erweisen lasse. Magdeburgisches Recht (als Anhang gedruckt zu den ältern Ausgaben des Sachsenspiegels Leipzig 1528. 1539. Th 1. c. 9.) wo es heißt:

mag die Frav zvo oder andere erbaren Fraven gehaben, da ihr helfen gezeugen das das Kind gelebt habe, so bedarf sie weder man noch keinen Gezeugen mehr.

Ostfriesisches Landrecht v. 1515. K. 193.

ið es oek an dem gar nichts gelegen, off geliet dersa len Kind gestorve und gine Stimme von einen gehort worden war, sondern is gemach dat ið levendig es geborn.

Allein hieraus läßt sich nicht das Gegentheil entnehmen, da die allgemeinern Gesetze solches bestimmen. Nach Ausbreitung des römischen Rechts hat sich dieser Grundsatz mehr verloren und kann jetzt nicht allgemein angenommen werden. Es sind daher auch andere Lebenszeichen zum Beweise des Lebens hinreichend, (Haubold Lehrbuch des K. Sächs. Privatrechts herausgegeben von Günther. Leipzig 1829. §. 51. not. 1.) und selbst alsdann, wenn neuere Gesetze jene Bestimmung aufgenommen haben, wie unter andern das preußische Landrecht Th. 1. tit. 1. §. 13. wo es heißt:

Daß ein Kind lebendig zur Welt gekommen sey, ist in dieser Beziehung schon für ausgemittelt anzunehmen, wenn unverdächtige bei der Geburt gegenwärtig gewesene Zeugen die Stimme desselben deutlich gehört haben."

können doch auch andere Lebenszeichen diesen Beweis ersetzen.

§. 55. (M. 42. not. 11.)

Zwischen Unmündigen und Minderjährigen ist nach ältern deutschem Recht kein Unterschied.

1) Es gehört schon ein höherer Grad der Kultur dazu, um gesetzlich die Alterabstufungen zu bestimmen, sie setzt besondere Verhältnisse eines civilisirten Lebens voraus. Daher war auch in dem alten Latium und Altgermanien kein Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen.

2) Wenn in den ältern Rechtsbüchern (Lex burgund. tit. 85. Lex Wisigothor. tit. 3. §. 1.) die Worte pubes und minor vorkommen, so soll dadurch nicht ein Unterschied zwischen Unmündigen und Minderjährigen an=

gezeigt werden. (de Ludewig Diss. de aetate leg. impub. et min. in s. Diss. sel. Vol. 1. c. 3. §. 7.)

3) Wenn im Sachsenspiegel B. 1. art. 23. 25. 42. B. 2. 65. und im Schwabenspiegel C. 1. die Worte vorkommen: die vor ihren Tagen, die vor ihren Jahren, die zu ihren Jahren gekommen sind, so soll dadurch nicht der Unterschied zwischen Unmündigen, Minder- und Großjährigen angezeigt werden, so daß unter jenen Worten: die zu ihren Jahren gekommen, die zu verstehen sind, welche das 13. Jahr und 6 Wochen erreicht, und unter denen, welche zu ihren Tagen gekommen, die, welche das 21ste Jahr zurückgelegt haben. Daß in einigen Statuten der Unterschied wohl gemacht worden, ist noch kein Beweis der Allgemeinheit. So ist unter andern in den Statuten der Stadt Höxter und Beverungen in der Vormundschaftsordnung von 1370 dieser Unterschied angedeutet. (Archiv f. Geschichte und Alterthumskunde Westphalens, herausgeb. v. Wigand B. 1. Heft 3. n. 111.)

Blos Körperkraft bewirkte die Mündigkeit oder Selbstständigkeit bei Mannspersonen. Bei den Männern trat sie weit früher, als bei den Weibern ein. Cäsar (in bello gallico Lib. VI. c. 21) bemerkt: daß eine Frau von 20 Jahren für verächtlich gehalten wurde.

Selbst nach der größern Ausbreitung des römischen Rechts fanden die Bestimmungen desselben wegen Abstufungen des Alters nicht ganz Eingang.

Hiermit stimmen überein: Gärtner, (Diss. de jure germ. inter tutores et curatores, pupillos ac minores non distingui Lpz. 1732.) Hofmann, (de termino maj. aetatis legibus et moribus imprimis sanct. Ramburg. defin. Erf. 1733.) Riccius, (Spicilegium jur. germ. ad Engavii elem. jur. germ. p. 63.) Majer, (von d. Unterschied zwischen Tutel- und Kuratel Frankf. 1803.) Brandenburger, (com. de differentiis jur. rom. inter pupillos et minores, tutores et curatores et earum applicatione hodierna Ham. 1793.) (Run-

de, (Geschichte d. deut. PR. §. 293.) Danz, (Handbuch Th. 3. §. 293.) Eichhorn (a. a. O. §. 316.)

Andere dagegen als Zobelius (ad art. 65. lib. II. spec. sax.) und Pufendorff, (observationes T. 1. obs. 47. §. 46. 47) nehmen an, daß dieser Unterschied im Sachsenspiegel gegründet sei.

§. 56. (M. §. 42. not. 1.)

Parentela heißt überhaupt Verwandtschaft oder Familie.

Daß unter Parentela überhaupt Verwandtschaft und nicht wie von Mehreren angenommen wird, ein Inbegriff von mehreren unter einem gemeinschaftlichen Stammvater stehenden Personen verstanden wird, ergiebt sich aus den salischen, (tit. 46. §. 10. tit. 63) burgundischen, (tit. 85. L. I.) westgothischen Gesetzen (L. IV. tit. 1. §. 93.) und aus den Capitularen. (bei Georgisch p. 1581). Aus der Lex Rotharis (Leg. long. 2. 14. §. 1.) kann nicht das Gegentheil entnommen werden. Wenn es hier heißt: omnis parentela usque in septimum geniculum numeretur, ut parens parti per gradum et parentelam heres succedat; so kann darunter doch blos cognativ verstanden werden. Warum will man hier das Wort in einer andern Bedeutung als in jener nehmen, in welcher es in den ältern Gesetzen genommen wird? Weder Du Change noch irgend ein älterer Schriftsteller haben es in einem andern Sinne genommen.

Hiermit stimmen überein: Homel, (Obsv. jur. feud. Ob. 12. §. 1.) Heineccius (elem. j. pr. germ. T. 1. p. 561.) Griesinger, (Forts. d. Danz. B. 9. S. 503.)

Das Gegentheil vertheidigen: Majer, (Germaniens Urverfassung §. 53) Danz, (Versuch der gemeinschaftlichen Erbfolgeart im Lehen §. 17) Eichhorn, (Rechtsges. §. 65. 366) Michaelis (coment. de ord. succ. jur. feud. long. §. 18.)

§. 57. (M. §. 42. not. 2.)

Schwerdtmagen *) bezeichnen nicht blos die Verwandten von våterlicher Seite, eben so wenig als Spielmagen blos Verwandte von mütterlicher Seite.

Ohneractet nicht ganz deutlich aus den Quellen ersichtlich ist, (Lex angl. VI. 8. Lex Sax. tit. 61.) ob eine Trennung der våterlichen und mütterlichen Verwandtschaft als zwei besondere Rechtsgenossenschaften vorhanden war, so ist doch so viel anzunehmen, daß unter Schwerdtmagen Agnaten und unter Spielmagen Cognaten im Sinne des römischen Rechts verstanden wurden, und nicht unter jenen Verwandte von des Vaters und unter diesen von der Mutter Seite: wie sich nicht undeutlich aus dem Sachsenspiegel 1. 19. 23. 27. 45. 111. 15. und Schwabenspiegel c. 313. ergiebt.

Dieser Meinung sind Grimm (Rechtsalterthümer S. 470.) Mittermaier. (a. a. O.)

Das Gegentheil nehmen an: Deiter (de civili cognat. et famil. nexu ex jure rom. et germ. Bonn 1825.) Sydow. (Erbrecht S. 41.)

*) Nach dem Sachsenspiegel gehören Aeltern, Kinder und Geschwister nicht zu der Magenschaft im engern Sinne; nach dem Schwabenspiegel aber werden die Geschwister zu den Magen gerechnet.

§. 58. (M. §. 42. not. 5.)

Die Beschränkung der Verwandtschaftsgrade ist nicht unmittelbar aus dem canonischen Rechte herzuleiten.

Die deutschen Gesetze beschränken die Erbfolge der Seitenverwandten auf einen gewissen Grad der Verwandtschaft. Auf den 5ten die L. Angl. et Warinor. Tit. 6. c. 8. usque ad quintam generationem paterna generatio succedat; auch Lex. Ripuar. tit. 56. Auf den 6ten die Lex Salica tit. 47. c. 3. Quod si nec ipse fuerit, tunc qui proximus fuerit superius nominatis, sui sigillatim secundum parentelam dicti sunt, usque ad sextum geniculum. Noch andere auf den 7ten Grad Lex Bajuv. tit. 14. c. 9. §. 1. 4. Lex

Wisigoth. L. 4. tit. 2. Successionis autem idcirco septem gradus constituti sunt, quia alterius per rerum naturam nec nomina inveniri, nec vita succedentibus propagari potest. Lex Longobardorum L. 2 tit. 14. c 1. Omnis parentela usque in septimum geniculum numeretur. Sachsenspiegel B. 1. art. 3. Und gleich als die Heerschilt sich enden in dem siebenden Schilt, also endet sich auch die Syp in dem siebenden Glied — die Syp endet sich in dem siebenden gliede erbe zu nehmen. Ob nuhn wol der Bapst erlaubet hat sich mit einander zu verheiraten in dem fünften Grad, so mag er doch kein Recht setzen, da er unser Land- oder Lehnrecht nit endern oder kränken möge.

Das ältere canonische Recht c. 1. 3 7. 16. c. 35. 9. 2. läßt die Ehe bis zum 7ten Grad der Verwandtschaft zu, welches nachher Innocenz änderte und auf den 4ten Grad beschränkte. c. 8. de cons. et aff.

Der Grund, warum die deutschen Gesetze überhaupt die Verwandtschaftsgrade beschränkten, ist der, weil es die damalige Wichtigkeit des Familienbandes in Absicht auf Beistand, Wehrgeld, Eid, nothwendig machte, die Verwandtschaftspflicht nicht zu sehr auszudehnen. Dieser Grund ist in allen deutschen Gesetzen vorhanden, und ist

1) rein erhalten worden in den deutschen Gesetzen, welche weniger mit dem römischen Recht vermischt wurden, daher die Bestimmung bis zum 5. und 6. Grad der Verwandtschaft in den Gesetzen der Anglen und Franken.

2) vermischt aber in denen, in welchem das römische Recht diese Vermischung veranlaßte: denn Jul. Paulus (Isidor Bischoff von Sevilla 636. schrieb das Bruchstück von Paulus c. 6. c. 35. 9. 5. ab, und so erhielt sich der Grundsatz im Gedächtniß.) sagt: (P. R. Lib. IV. II. §. V.) Successionis idcirco gradus septem constituti sunt, quia alterius per rerum naturam nec nomina inveniri, nec vita succedentibus prorogari potest — daher die Bestimmung in den ba-

juvarischen, westgoth. und longobardischen Gesetzen bis auf den 7. Grad.

3) Daß die Beschränkung bis auf den 7. Grad nicht ihren Grund in dem canonischen Recht habe, ergiebt sich aus dem vorigen, und für den reindeutschen Ursprung der Ansicht spricht auch ihr Vorkommen in den nordischen Rechten. (Rosenvinge dänische Rechtsgeschichte §. 42. 52. 99.)

Vielmehr läßt sich annehmen, daß das canonische Recht durch die spanische Kirche, und diese durch das römische Recht veranlaßt wurde, die Beschränkung auf den 7. Grad zu bestimmen. (Sydow Erbrecht des Sachsenspiegels S. 129 — 133.)

Dieser Meinung: Eheverbote und Erbrecht stehen nicht in einem natürlichen Zusammenhange, sonach kann auch das canonische Recht auf die Bestimmung des deutschen Rechts keinen unmittelbaren Einfluß gehabt haben; sind: Ancher, (de origine et sensu septimae generationis. Hamb. 1740.) Beweis, daß die alte canonische Sipzahl mit der ältern römischen eben so wie mit der altdeutschen, und folglich auch mit der longobardischen übereinstimme. Straßb. 1764. Eichhorn, (deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte B. 1. §. 205. Ebend. u. d. Einl. z. d. PR. §. 331.) Laspeyers, (Com. comput et nuptiar. propter consang. proh. sistens Berol. 1824. p. 93.) Klenze, (Familienrecht der Cognaten und Affinen S. 183.) Mittermaier. (a. a. O.)

Der entgegengesetzten Meinung sind: Treiber, (jus civile computat gradus in linea collatorali etiam eo modo, quo jus canonicum; Jen. 1702.) Schmalz, (Handbuch des canonischen Rechts §. 302.)

§. 59. (M. §. 43.)

Der Grund der Verschiedenheit der Rechte zwischen Mann und Weib nach dem ältern Rechte ist blos in der Schutzbedürftigkeit und Schwäche der letztern zu suchen.

Wenn man die abweichenden und verschiedenen Rechte der Männer von den Weibern genau durchgeht, so findet

man, daß der alleinige Grund in der Schwäche des weiblichen Geschlechts zu suchen ist. Worauf beruht anders die Ausschließung des Weibes von der Erbfolge in unbewegliche Güter? Weil sie unfähig waren, solche mit den Waffen in der Hand vertheidigen zu können. Warum stehn sie unter beständiger Vormundschaft? Indem sie unfähig waren vor Gericht zu erscheinen, sich selbst zu vertheidigen. Warum können sie keine wichtigen Geschäfte abschließen? Warum wird bei den meisten Völkern das Wehrgeld [a]) höher als bei den Mannspersonen bestimmt? Einzig und allein, weil ihnen das Waffenrecht fehlte.

a) Lex Aleman. Tit. 67. 68. c. 3. Lex Sax. T. 2. c. 2. Lex. Roth. c. 26. 27. Lex bajuv. tit. 3. c. 13. §. 2. 3. Es heißt hier: et quia femina cum armis defendere nequiverit, duplicem compositionem accipiat. Treitschke de werigeldo Lpz. 1813. p. 32. u. f. f.

Hiermit stimmen überein: Schaumburg, (Einleitung zum sächs. Recht. Th. exerc. 3. §. 8.) Runde. (Gr. d. d. PR. §. 291.) Die meisten Rechtslehrer nehmen aber mehrfache Gründe an: als die besondere Verfassung und einzelnen Institute der Deutschen, die körperliche Beschaffenheit und Hauptbestimmung der Weiber, der eigenthümliche innere Charakter des weiblichen Geschlechts. Danz. (Handbuch B. 3. §. 289. S. 10.)

§. 60. (M. §. 43.)

Der Zwitter [a]) ist dem Geschlechte beizuzählen, was bei ihm hervorragt.

a) Androgyni in der lateinischen Uebersetzung des Sachsenspiegels homuncio. — Ob altevil Zwitter bedeutet, ist zweifelhaft. Grimm deutsch. R.Alterth. S. 409.

Ob es überhaupt Zwitter giebt, daran zweifeln Einige; wenn aber die Erfahrung lehrt, daß die Geschlechtstheile eines Menschen verunstaltet sind, so muß das ärztliche Gutachten eingeholt werden, um zu bestimmen, zu welchem Geschlechte dieser Mensch zu zählen sey. Hiermit stimmt überein: Teichmaier, (Med. leg. c. 14.) Haller, (oper. min. T. 2. p. 9.) Plouquet,

(Ueber die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder. Tübing. 1779. S. 139.)

Andere überlassen die Wahl dem Zwitter selbst, als: Stryck (de jure sensuum D. 1. c. 1. §. 62.) Noch Andere machen einen Unterschied zwischen dem Zwitter, bei dem das eine Geschlecht hervorragend ist, und zwischen solchem, wo dies nicht ist; jene sollen dem Geschlecht beigezählt werden, das bei ihnen hervorragt, diesen soll aber die Wahl zustehn. S. Hofacker Princip. jur. civil. Tom. 1. §. 239. Eine besondere Bestimmung enthält das Pr. L. R. Th. 1. tit. 1. §. 23.

Zweite Abtheilung.

Von den Rechten der deutschen Stände.

Erste Unterabtheilung.

Allgemeine Grundverhältnisse.

§. 61. (M. §. 44. not. 6.)

Boni homines und Rachinburgen sind von einander zu unterscheiden.

Boni homines, gute Leute, bezeichnen überhaupt Freie: nicht aber jeder Freie war Rachinburge. Man mag das Wort von Racha, Sache, Rechtshandel, oder von Reck, groß, herrlich, trefflich ableiten, (Müller Schweizergeschichte B. 1. cap. 10. not. 33.) so sind darunter blos diejenigen zu verstehen, welche bei wichtigen, feierlichen Geschäften, vorzüglich bei Prozessen zugezogen wurden, wo sie wohl auch Urtheiler seyn konnten. Dies beweisen mehrere Urkunden.

So werden boni homines ohne alle juristischen Beziehungen für gute, wohlthätige Menschen genommen, vorzüglich wenn von Schenkungen an Kirchen und Klöster die Rede ist. (Bei Bouquet T. 5. p. 722. 732. 748. T. 6. p. 478.) So wird aus einer ungedruckten Chronik (in Bolten Ditmarsische Geschichte, Flensb. und Lpz. 1782. S. 446.) angeführt: des andern Jares der

na

na do me sereff M°CCC°IIII Jar do versammelde de Hochgeborne vorste Here Here Gherdt yseren Hierikeßone Hartege to Schleßwich Greve to Holsten un Stormeren Syne eddelsten manne in den lande Ridder und Knechte emde guden manne ok Borgermeister und Radmann uth den Steden.

Hier werden gude Männer für die bloßen Freien den Ueberrest der alten Volksgemeine genommen, von den Rittern, und Unfreien, ja so gar von den Stadtbürgern, als Mitglieder besonderer Genossenschaften unterschieden.

Die Rachinburgen erscheinen aber immer als Männer bei wichtigen feierlichen Geschäften, als: bei Schenkungen, als Zeugen bei Traditionen.

Marculf I. 33. II. 38. In der fuldaischen Urkunde v. 783. heißt es: (in Pistorius script. rer. germ. ed. Struv. T. 3. p. 562.) totum et ad integrum tradiderunt coram testibus et regenburgis.

Die boni homines sind mit spanischen ricus homines gleichbedeutend. (Thesaurus anecdotorum nov. T. 1. ed. Martene p. 1554. Dei gratia rex Aragorum — delectis richis hominibus castellanis — u. s. w.)

Hiermit stimmt überein: Riccius. (Spicilegium p. 168.)

Das Gegentheil nimmt an: v. Savigny. (Geschichte d. r. R. Th. 1. S. 180. u. s. f.)

§. 62. (M. §. 44. not. 12.)

Die sieben Heerschilde war eine durch das Herkommen eingeführte Rangordnung, welche auch für die Kriegs- und Lehnverfassung zur Grundlage diente.

1) Die sieben Heerschilde hatten keine Beziehung auf Bestimmung der Grade des Adels noch der Klasse der Vasallen; dies ergiebt sich daraus, weil der König selbst im ersten Heerschild steht;

2) Sie enthielten nicht eine Heeresrangordnung, indem auch solche Personen in denselben vorkommen, welche nicht zum Heere gehören.

Hiermit stimmen überein: Möller, (Diss. jur. feud. Cap. VI. Diss. 9.) Biener, (com. de origine et prog. leg. P. II. Vol. II. §. 35.) Runde, (Gr. d. d. PR. §. 390.) Danz, (Handb. d. d. PR. §. 390.) Weber. (Handb. d. Lehnrechts Th. 3. §. 96.)

Das Gegentheil nehmen an und betrachten sie als eine Abstufung des Adels, als eine Klasse der Vasallen und des Heeres: Schilter, (Com. ad jus feud. alem. c. 1. §. 1.) Gundling, (in Henrico aucupe p. 140.) v. Senckenberg. (de ordinibus exercitus germanici, vulgo den sieben Heerschilden Giesen 1742.)

§. 63. (M. §. 45. I.)

Die Freiheit in der ältern Bedeutung bestand in der vollkommnen Rechtsfähigkeit zur Erwerbung aller dem herrschenden Stamme zustehenden Volksrechte.

1) Das Wesen des Standes der Freien bestand nicht etwa darin, was wir unter persönlicher Freiheit zu denken gewohnt sind, nämlich in der Unabhängigkeit im Gegensatz von Sclaverei, als welches blos ein negativer Begriff ist, vielmehr ist es etwas positives, was jenen Stand begründet.

2) Die Freiheit war nicht blos persönlich, sondern reell. Auf erblichen Grund und Boden zu wohnen, und ein eigenes Gebiet zu besitzen, also keine Gnadengüter dem Könige zu verdanken, und daher zu demselben nicht in Privatverhältnissen der Ministerialität zu stehen, wurde zum Wesen der staatsrechtlichen Freiheit erfordert. In Gregor. Thurn. Lib. III. de miraculis S. Martini c. 23. heißt es: erant ingenui et possessionem propriam possidentes.

3) In den Urkunden werden ingenui und liberi homines unterschieden, so wie bei den Römern, cives optimo jure, von civibus.

In dem Diplom Carl d. G. v. 808. heißt es: omnem judiciariam vel omne telonum de curte Gusiano, tam de Arimannis, quam et aliis liberis ho-

minibus. Regino ad a. 777. Sacramenta secundum consuetudinem dederunt, et perderent ingenuitatem et omnem hereditatem, nisi conservarent susceptam Christianitatem.

Arimannen waren aber freie Leute und ihr Recht am Boden war echtes Eigenthum; (dominium quiritorium) Klüber de Arimania Com. 1. 2. Erlang. 1785. p. 26. 44. und v. Savigny Geschichte d. r. Rechts d. Mittelalters Th. II. S. XVIII.

Hiermit stimmt überein: Meyer (Germaniens Urverfassung Hamb. 1798. S. 44.) er sagt: der Begriff von der germanischen Freiheit — bestand in der aus dem Innehaben eines Landeigenthums entspringenden und darauf beruhenden Selbstständigkeit, — welche nicht sowohl personell sondern reell war, und mit dem (Erbfolge-) Recht zum Landeigenthum angeboren wurde. — Von Savigny (Geschichte d. r. R. Th. 1. S. 160. — Das echte Eigenthum (war) mit diesem Stande verbunden.) Hüllmann (Geschichte d. Ursprungs der Stände S. 68.) Mittermaier (a. a. O. S. 145. Zu gewissen Vorrechten gehörte außer der persönlichen Freiheit der Besitz eines freien Guts.)

Das Gegentheil nehmen an: Pütter, (Abh. über den Unterschied der Stände. Gött. 1795. S. 10.) und Philipp (Ueber das Gerichtswesen der Germanen. Halle 1820. 1.) Die germanische Freiheit, sagt er, bestand mit einem Worte darin, daß jeder Freie thun durfte, wozu er den Willen und durch die Hülfe seiner Anverwandten und anderer Freunde die Kraft hatte. Eichhorn. (mit einem negativen Begriff: Rechtsgesch. B. 1. §. 16.)

§. 64. (M. §. 45. not. III.)

Unter Landsassen sind Freie zu verstehn, welche kein Eigen im Lande hatten.

1) Im Sachsenspiegel (B. III. 45.) heißt es: die komen und waren gastes wise und en habn nicht

ein eigen im Lande. In den Urkunden werden sie hospites, mansionarii genannt.

2) Wenn man die Urkunden in Joppens (Dict belg. I. p. 513. 684. 705. 716. II. p. 857. 1219. III. p. 590.) und Mirai (oper. diplom. I. p. 684. 705. 716.) näher betrachtet, und mit der in Beaumanoir (cap. 32.) vorkommenden Beschreibung vergleicht, so ist daran nicht zu zweifeln, daß diese Hospites das waren, was in den deutschen Rechtsbüchern Landsassen sind. — Sie besuchten das Geding des Go Grafen, in welchem man deutlich den alten Decanus erkennt.

Hiermit stimmen überein: Gaupp (Schlesisches Landrecht S. 140.) Mittermaier (in d. Rezens. in den heidelb. Jahrb. Heft 21. S. 149.)

Der entgegengesetzten Meinung ist: van der Lahn (in glossario allemanico bei Koenig T. II. P. II. corp. jur. germ. p. 48.), der die Landsassen mit den Mittelfreien verwechselt. Biener (Coment. P. II. Vol. II. p. 257. not. 9.) hat ihn hinlänglich widerlegt.

§. 65. (§. 45. not. III.)

Mittelfreie und Schöffenbarfreie sind sich gleich.

1) Diejenigen, welche ein Grundeigenthum besaßen, das von dem Umfange war, daß davon Ritterdienst geleistet werden konnte, hießen Schöffenbarfreie oder Mittelfreie.

2) Nach dem Sachsenspiegel B. 1. 3. stehen die Schöffenbaren und nach dem Schwabenspiegel C. 8. §. 5. die Mittelfreien im 5ten Heerschild.

Hiermit stimmen überein: Eichhorn (Einl. zum PR. §. 52.) Mittermaier. (a. a. O.)

Dagegen nehmen andere an: daß zwar alle Schöffenbarfreie im engern Sinne (diejenigen, welche bei dem Untergange der alten Gauverfassung als thätige Mitglieder in die neue Kriegsverfassung übergegangen und von ihrem rechten Eigenthum persönlich den ordentlichen Kriegsdienst nach dem alten Maaßstabe zu leisten verbunden

waren) des sächsischen Landrechts, aber nicht alle Mittelfreie im Sinne des schwäbischen Landrechts schöffenbare im Sinne des sächsischen Landrechts gewesen wären: der Begriff der Mittelfreien sei weit umfassender als der der Schöffenbaren, auch unterscheide der Sachsenspiegel die Schöffenbaren sehr genau von den Mannen der Freiherrn (B. 1. 3.) und von den Dienstleuten des Reichs (B. III. 81.) Gaupp (das schles. Landrecht Lpz. 1828. S. 128.)

Allein der Schwabenspiegel sagt: (Kap. 47.) Semperfrei sind die frei Herrn, als Fürsten und die andern freie Mannen, die andern sind Mittelfreie, das sind die hohen freien Man sind.

Unerweislich ist es auch, wenn man den Schöffenbaren das Merkmal der freien Ritterschaft beigefügt, wie unter andern Sydow (Erbrecht nach dem Sachsenspiegel S. 162.) gethan hat, und sich auf den Sachsenspiegel (B. III. 29.) beruft. In den friesischen Urkunden werden die Vollfreien als Schöffenfreie angesehn. (Mittermaier in d. Rezens. d. Schrift v. Gaupp in Heidelb. Jahrb. Heft. 21. S. 149.)

§. 65. b (M. 45. III.)

Das Wort Semperfrei ist von Send abzuleiten.

Semperfreie sind die, welche ihre Unmittelbarkeit gegen die um sich greifende Macht der Herzöge aufrecht zu erhalten gewußt haben. Die zu dieser Klasse gehörten, hatten das Recht, auf dem Send, Reichssend zu erscheinen. Hiermit stimmt überein: Schilter, (Com. ad jus. feudale all. C. 1. §. 18. p. 35.) Posse. (Abh. aus dem Staats u. PR. B. 1. S. 34. not. 10.) Von Andern wird das Wort von senden (mittere) abgeleitet, weil sie das Amt eines königl. Commissairs (missus) vertraten.

Zweite Unterabtheilung.

Von dem Adel.

§. 66. (M. §. 48. not. 1.)

Adel ist abzuleiten von od.

Die Germanen setzten auf den Länderbesitz allen Nationalwerth, einzig alle Freiheit und Ehre, sonach wurde dem Reichthum an Ländereien ein vorzüglicher Werth, eine ausgezeichnete Ehre beigelegt. Nun führt aber das deutsche Wort Adel, Odel, auf den Begriff von Reichthum mehr als auf irgend etwas Anderes.

Hiermit stimmen überein: Ludewig, (in jure feudorum p. 86. 209.) Schilter, (antiq. Teuton. III. S. 622.) J. Anderson, (in Epist. ad Ott. Spering in Uhle Sylloge nova epistol. varii argumenti Lib III. p. 406.) Gundling, (in Gundling T. 1. n. 1. S. 22.) Riccius, (Spicilegium j. g. p. 168.) Meyer, (Urverf. d. D. S. 48. not. V.) Klüber, (öffentl. Recht d. d. Bundes §. 260. not. c.) — Grimm. (Rechtsalterthüm. S. 265.) sagt dagegen: Adal, Adel bedeutet genus, prosapia mit dem Nebensinn nobilitas.

§. 67. (M. §. 48.)

Bei den alten deutschen Völkerstämmen gab es keinen Adel im eigentlichen Sinne.

Wen man unter Adel einen geschlossenen Stand versteht, wie v. Savigny (Geschichte d. r. R. Th. 1. S. 186.) oder einen Stand, welchem in der bürgerlichen Gesellschaft gewisse Standesvorrechte gesetzlich vermöge der Geburt zustehen, (Mittermaier Grundsätze d. d. PR. §. 48.) so gab es keinen Adel in den ältern Zeiten der Germanen; wohl aber kann in dieser Zeit wenigstens bei einigen Stämmen, (bei Sachsen, Friesen, Bajuvarien) ein Adel, gegründet auf Verdienst, Abstammung von Heroen u. s. w. gefunden werden, auch lassen sich Uranfänge des spätern Adels schon in fränkischer Zeit nachweisen, in so fern, als oft von einigen Personen in

Ausdrücken, [a]) die nur auf Geburtsadel oder doch auf ein schon ganzen Familien zugeschriebenes höheres Ansehn deuten, gesprochen wird, [b]) auch Wahrscheinlichkeitsgründe da sind, nach welchen einige wenige Familien ihren Ursprung bis in die Frankenzeit hinaufführen können. [c])

a) Z. B. ortus ex illustri prosapia Urk. v. 719 in Codex tauris Narnensis. Vol. II. p. 87 — 89. 407, oder orta ex Warineri prosapia, s. Urk. v. 828 in actis acad. Theod. Palat. Vol. VI. p. 252.

b) Chronisten sprechen von der nobilitas carnis et parentum numerosa multitudine, in Oefele script. rer. boj. T. I. p. 455 oder von melioribus natu bei den Franken.

c) Welfen, Habsburger s. Schmidt fortges. Beitr. zur Adelsgeschichte S. 86.

1) Denn die Worte nobiles (bei Tacitus) oder Seniores (bei Georg v. Tours) optimates (bei Fredegar) bedeuten nicht Adelige in dem eigentlichen Sinne. Tacitus nimmt das Wort nobilis in dem Sinne der Römer, worunter ein solcher zu verstehen war, welcher eine curulische Würde bekleidete, ein ausgezeichnetes Amt besaß. Diesen Begriff übertrug er und wandte solchen auf diejenigen an, welche bei den Germanen besondere Auszeichnungen genossen. In dieser Bedeutung kommt das Wort in fränkischen Urkunden vor. (Annal. benedict. 1. p. 109. Concil. aquisgran. v. J. 816. in Simond Concil. n. p. 391. u. Dipl. in Bouquet IX. p. 307. 360. 420. X. p. 69.)

Eben so wenig können die Worte Tacitus c. 13. magna patrum merita auf einen Erb = oder Geschlechtsadel bezogen werden: es liegt darin blos die Idee, daß man das Andenken wohlverdienter Väter in den Kindern zu ehren pflege.

2) Wird zum wesentlichen Begriff des Adels erfordert, daß die erlangten Vorrechte auf die Nachkommen fortgepflanzt werden: nirgends aber findet sich in den Gesetzen und Schriftstellern hierüber eine Bestimmung.

3) Der Adel, in der eigentlichen Bedeutung, entstand durch die allmälige Erblichkeit der Aemter und Stellen, durch die Uebertragung der Rechte (welche nur den Beamten hätten zustehen sollen) auf die Familien; die

Entstehung der Geschlechtsnamen bewirkte Absonderung adliger Familien, in welchen sich Rechte forterbten; endlich gab vorzüglich zu der Entstehung die Veranlassung: die durch Umwandlung der Kriegsverfassung vorzugsweise dem Adel zukommende kriegerische Ehre, und das an sich ehrende, die Volksrechte und die Bedeutung der alten Volksfreiheit eben so erschütternde Lehnwesen. An alle diese Ursachen und Verhältnisse konnte in ältern Zeiten nicht gedacht werden.

4) Bei den Franken gab es keinen Adel: denn es ist ganz unrichtig, wenn einige behaupten,[d]) daß unter Franci der fränkische Adel zu verstehen, indem diese Benennung in allen Quellen entweder der allgemeine Volksname, oder ins Besondere der Name der freien Franken ist.

d) Schlieffen Nachricht von dem pommerschen Geschlechte der von Sliwen oder Schlieffen 1780. S. 12. 15. Die Gründe sind hinlänglich widerlegt von v. Savigny a. a. O. Th. 1. S. 186. not. 57.

Wollte man aber solchen auch in frühern Zeiten annehmen, so hat ja solcher zur Zeit der gallischen Eroberung seine Ehre dem Könige zum Opfer gebracht, er war in das Gefolge des Königs getreten, hatte als Nationalstand aufgehört, und lebte in den Antrustionen fort. (Moser osnab. Geschichte Th. 1. Ab. 3. §. 40.)

In den Gesetzen der Longobarden,[e]) Friesen, Angeln und Sachsen[f]) kommen zwar Edhilingi, Nobiles vor, allein darunter können keine Adelige in der eigentlichen Bedeutung verstanden werden, auch ist das Verhältniß derselben zu den übrigen, Freilingi Lazzi, sehr unbestimmt.

e) Paul. Diaconus 1. 21. hi omnes adelingii fuerunt, sic enim apud eos quaedam nobilis prosapia vocabatur, vermöge dieser Stelle nahm v. Savigny a. a. O. Th. S. 186 seine Behauptung, daß es bei den Longobarden keinen Adel gegeben; in Th. II. S. 22. zurück.

f) Lex Frision T. I. §. 1. 3. Lex Angl. et Warin. T. 1. §. 1. 2. Lex Saxonum Tit. 17. §. 1. Nithardus Lib. 4. c. 2. bei Bouquet T. 7. p. 29. Quae gens (nämlich der Sachsen) omnis in tribus ordinibus divisa consistit. Sunt enim inter illos, qui Edhilingi, sunt qui Freilingi, sunt qui Lazzi illorum lingua dicuntur: Latina vero lingua hoc sunt nobiles, ingenuiles atque serviles. Wenn bei den Baiern fünf edle Geschlechter erwähnt werden, welche den Agilofingern gleich stehn, (Lex bajuar II. 20. §. 1.) so können darunter adlige Geschlechter im eigentlichen Sinne nicht verstanden werden.

Hiermit stimmen überein: Runde, (Geschichte des deutsch. PR. §. 340) Danz, (Handbuch des deutsch. PR. Th. 3. S. 306. 313) Hüllmann, (Geschichte der Stände in D. 1. S. 53) Pertz. (Geschichte der merov. Hausmayer S. 117) Zum Theil wegen der Franken: v. Savigny (Geschichte d. r. R. im Mittelalter Th. 1. S. 186) auch Mittermaier (a. a. O. im Anfang des §. 48.) die frühesten Spuren des Adels, der wenigstens seit der Zeit der größern Vereine unter den deutschen Völkern nicht fehlte, (sonach früher) denn: dieser frühe Adel war zwar kein erblicher Stand, (darauf kommt es an) der Vorrechte vor den Freien gab, aber schon darin, daß wahrscheinlich aus solchen edeln Geschlechtern auch die Könige gewählt wurden, lag ein Grund der Auszeichnung. g) (dies kann alles zugegeben werden, ohne daß dadurch das Gegentheil dargethan wird.)

g) In der not. 7 wird noch bemerkt: einen Zusammenhang mit dem Priesterverhältniß hat gewiß der Adel. Schon Tacitus germ. c. 29. stellt proceres und sacerdotes in ein Verhältniß. — Dies erinnert an die Luceres bei den Römern Niebuhr r. Geschichte 1. 225.

Dagegen behaupten Andere h) daß schon frühzeitig ein Adel vorhanden gewesen:
als J. G. Cramer. (Coment. de juribus et praerogativis nobilitatis avitae ejusque probatione ex institutis germanorum priscis et hodiernis T. I. Lips. 1739.)

h) Kossig Geschichte des deutsch. Privatr. S. 261. §. 6.

Posse Abh. d. Staats- und Privatrechts Heft 1. S. 13. De l'etat civil de personnes et de la condit. des terres dans les Gaules 1. p. 172. 217.

Allg. Encyclopädie von Ersch und Gruber, Artikel Adel.

Eichhorn, (RG. Th. 1. §. 47 u. Einl. zum d. PR. §. 49) Meyer, (Urverf. d. D. S. 47. wo er sagt: daß nur gewisse Familien unter dem Volke mit Hintansetzung und Ausschließung der übrigen, gewisser Nationalrechte und Vortheile sollten für fähig gehalten werden, daß solche letztere einzig auf deren Blut sollten

auf eine positive und constitutionelle Weise fundirt gewesen seien; welche Bewandschaft es nachher mit dem noch bestehenden deutschen Adelstande bekam, das läßt sich freilich so wenig mit der altgermanischen Verfassung reimen, als es historisch erweislich ist. — S. 48. Endlich ergiebt sich sodann von selbst, daß nach der Analogie vom Stande der Freien, auch der Adel habe müssen ein Geburtsstand gewesen sein.) Grimm (Rechtsalterthümer S. 268.) Zur Unterstützung wird sich auf Gesetze [i]) und auf das Zeugniß gleichzeitiger Schriftsteller [k]) berufen.

i) Lex Frisionum Tit. 1. Lex Angl. et Warin. Lex Burgund. Tit. 2. Lex Bajur. tit. 2. c. 20. §. 1. in welchen von Wehrgeld und nobiles, und in dem letztern von den fünf vorzüglichen Geschlechtern die Rede ist, s. not. f.

k) Venantius Fortunatus (geb. 530 † 600) dessen Carmina historica Lobreden auf fast alle angesehene Personen seiner Zeit enthalten, und bei keinem, wo es der Fall ist, vergißt, den Adel seines Geschlechts zu erwähnen.

§. 68. (M. §. 52.)

In dem 12. und 13. Jahrhundert waren die Reichsministerialien bloße Reichsdomainen Ministerialien, unfreien Standes.

Zwischen ministeriales regni und imperii war ein wesentlicher Unterschied. Seit der Verbindung der römischen Kaiser= mit der deutschen Königs=Würde, wurden die Fürsten ministeriales regni, die Reichsdomainen Ministerialien aber ministeriales imperii genannt. Daß sie unfreien Standes (im Sinne des deutschen Rechts) waren, ergiebt sich daraus, weil sie bei ihrer Verheirathung die Genehmigung des Königs, ihres Grundherrn, nachsuchen mußten; sie konnten vertauscht und verschenkt werden. (Guden, cod. dipl. T. 1. Friderici 2. dipl. 1234. p. 534. Henricidipl. 1230. T. 2. p. 936. Richard dipl. a. 1263. T. 1. p. 748.)

Hiermit stimmt überein: Hüllmann, (Geschichte d. Stände in D. 1. S. 197) verschiedener Meinung sind Kopp, (de insign. differ. p. 132.) Estor, (de ministerial. §. 20.) Riccius. (vom landsässigen Adel S. 39. 44)

§. 69. (M. §. 54.)

Einen mittlern Adel giebt es nicht, wohl aber eine Mittelklasse zwischen Standes und Grundherrn.

1) Die sogenannten Titular-Grafen, die nicht nach der frühern Verfassung die reichsständischen Vorrechte genossen, noch die Freiherrn gehören zu dem hohen Adel. Der Regel, welche dafür angeführt wird: comparatum in classem ejus cui comparatur non in sequentem esse collocandum, fehlt es an einem gesetzlichen Grunde. Von einer Mittelklasse des Adels schweigen Gesetze, Herkommen und Verfassung, so wie auch die Politik nicht einmal anräth, solche anzunehmen.

Hiermit stimmen überein Klüber (Com. de nobilitate codicillori §. 7. Ebend. Com. de jure nobilium feuda militaria constituendi Cap. 1. p. 5.) Danz. (Handbuch d. deutsch. PR. Th. 3. p. 292.) Das Gegentheil nimmt an Homel in Rhapsod. Tom. VI. ob. 899.)

2) Zwischen den Standesherrn im Sinne der deutschen Bundesakte und den vormaligen reichsunmittelbaren Grundherrn, kann man als Mittelkaste gewisse ansehnliche Landeigenthümer [a]) betrachten, die sowohl für ihre Person und Familie, als auch für ihre Herrschaft und Eigenthumsbezirk, mit einem Inbegriff von Vorrechten ausgestattet sind, der sie zwar auf eine höhere Stufe als die Grundherrn erhebt, aber doch keinen Anspruch auf alle den Standesherrn durch die Bundesacte zugesicherten Vorrechte begründet, z. B. Ebenbürtigkeit und in allen Bundesstaaten anzuerkennender hoher Adelstand, wenn gleich manche derselben in anderer Hinsicht ihnen zustehen können.

a) Dahin gehören 1) die, welche zur Zeit der Reichsverbindung zwar keine Reichsunmittelbarkeit, wie die Standesherrn besaßen, doch zur Ausübung gewisser Regierungsrechte ermächtigt waren; z. B. das Haus Schönburg in Sachsen; 2) die, welche zwar nicht in einem solchen Besitz der Regierungsrechte wie die vorigen sich befinden, doch aber mehrere Vorrechte als die Grundherrn genießen, entweder als Rechte persönlicher und dinglicher Reichsunmittelbarkeit: als die Herrschaft Schauen in Halberstädtischen, oder kraft landesherrlicher Verleihung; z. B. des Prinzen Eugen, Herzog von Leuchtenberg in seiner Eigenschaft als Fürst von Eichstädt. S. Klüber öffentliches Recht des teutsch. Bundes §. 318.

§. 70. (M. §. 56.)

Die Patricier sind nicht aus den sogenannten militibus agrariis entstanden.

Patricier, (welcher Name aus der italienischen Städteverfassung entlehnt ist, oder in den Niederlanden aufkam) auch Geschlechter genannt, sind Familien, denen gewisse Vorzüge vor den übrigen Bürgern zustehen, und aus deren Mitte entweder alle, oder doch die vorzüglichsten Stellen des innern Stadtraths besetzt wurden. Sie heißen auch Stadtjunker, Glevener, (abgeleitet von Gleve, Spies) Bürger wie in Cölln, Altbürger, wie in Frankfurt.

1) Aus den sogenannten militibus agrariis sind sie nicht entstanden, aus welchen Heinrich I. den neunten Mann in die Städte nach Wittekind von Corvey (Annal. I. p. 139) verlegt haben soll, denn in diesen Städten (in Sachsen und Thüringen) finden sich solche fast gar nicht, in den Städten, die vor Heinrich errichtet worden, sind aber solche in mehrern vorhanden.

2) Die Patricier kommen erst im 12ten u. 13ten Jahrhundert vor. Zu dieser Zeit wurden die Städte mehr bevölkert und auch Ritterbürtige begaben sich in dieselben. Sie, die am meisten in Waffen geübt waren, führten die Bürger an, und verschafften sich dadurch besondere Vorzüge vor den übrigen Bürgern. Die Streitigkeiten, in welche die Bürger mit den Vögten und Schultheißen verwickelt wurden, und die darauf erfolgte Abschaffung derselben in sehr vielen, gab Veranlassung, daß sich die Stadtjunker die Rathsstellen zu verschaffen suchten, welche ihnen die Bürgerschaft um so williger überließ, indem sie sich besondere Verdienste um die Stadt erworben hatten. Durch Verträge wurde das Vorrecht an den Rathsstellen auch für die Nachkommen des Stadtadels gesichert.

Allein dies war blos eine Veralanssung der Entstehung der adeligen Stadtgeschlechter.

Eine andere Veranlassung waren die Ritterlehne, welche den Städten verliehen waren, von denen die Ritterdienste von den Bürgern nicht geleistet werden konnten, die nun die Stadtjunker übernahmen; auch gab die Anlegung von Salzwerken, zu welcher großer Aufwand erfordert wurde, (z. B. in Salza) zur Einführung der Patricier die Veranlassung.

Und wer konnte es den Nachkommen der Burgministerialen, die früh bekannt mit den Reizen der Geselligkeit geschlossener Oerter, aufgewachsen im Genuß von allen den Bequemlichkeiten, welche städtische Einrichtungen zu verschaffen im Stande sind, verdenken, ihren Aufenthalt in den Städten zu nehmen, und dem einsamen öden Leben auf Lehn- und Stammgütern vorzuziehen! Zu mehrern öffentlichen Stellen des Orts waren sie geboren, das Haupt der Familie war zeitiger Verwalter, zur Bewerbung um andere Aemter trieben Ehrgeiz, Begierde zu herrschen, und durch Verbindungen mit Großen ward der Erfolg gesichert.

Hiermit stimmen überein: Mascov, (Origines jur. publ. ex reb. Imp. Saxon. illustr. §. 29. n. 6. p. 45.) Gonne, (Abh. Gemeiner Irrthum vom Ursprung der Patricier und Geschlechter in den Erlanger Anzeigen v. Jahr 1774. n. 8. auch in Schott, jurist. Wochenb. B. 2. S. 63. u. s. w.) Riccius, (Spicileg. jur. germ. p. 247) Scheid, (vom Adel S. 190.) v. Cramer, (wezl. Nebenstunden Th. 11. S. 99.) Eisenhardt, (Stadt- u. Bürgerrecht §. 53.) Eichhorn, (Reichs- und RG. 2. §. 311.) Hüllman, (Geschichte d. Stände. Th. 3. n. 4.) Runde, (deutsch. PR §. 440.) Das Gegentheil nehmen an: Bodo, (chron. Sax. bei Leibnitz T. 3. p. 305.) Conring, (de urb. germ. §. 83.) Spangenberg, (Chron. Sax. c. 121. p. 163.) Rhetius, (Diss. de dignit. imperii rom. germ. c. 1. §. 28.) Ludewig, (Diss. de opifice exule in pagis) Gundling, (de Henrico aucupe p. 118. 125.) Hahn. (Hist. imp. germ. Part. 2. c. 2. §. 9. Lit. K. p. 36.)

Anmerk. Das Patriciat an sich gab keinen Adel. Riccius (Spicileg. S. 303.) Eisenhart (Stadt- und Bürgerrecht §. 58.)

§. 71. (M. §. 57.)

Der Briefadel ist erst zur Zeit Karl des 4ten in Deutschland aufgekommen.

Denn 1) gab es zur Zeit Karl IV. eine besondere Veranlassung, die Anzahl des Adels zu vermehren, indem viele adelige Familien zur Zeit der Kreuzzüge ausgestorben waren.

2) Die genaue Verbindung, in welcher der luxemburger Hof mit dem französischen stand, bewirkte, daß man die in Frankreich schon längst in Gebrauch seienden Adels-Diplome auch in Deutschland einführte: dort kommen sie schon in den Jahren 1271. 1288. 1290. vor. (Charpantier in gloss. voce nobilitatis T. 3 p. 28.)

3) Die Angaben von ältern Adelsdiplomen beruhen auf Verwechselung mit der Ritterwürde, den Geburtsbriefen, Freilassungen aus der Ministerialität. Die Ertheilung der Ritterwürde, wenn nicht zugleich, wie bei der Standeserhöhung, dem Geschlecht die Vorzüge der Ritterbürtigkeit ausdrücklich verliehen wurden, hatte blos die Wirkung, daß diese Vorzüge der Person des Privilegenten zukommen. Es ist daher ganz unrichtig, wenn angenommen wird, daß unter Friedrich I., der auch Freigebornen die Ritterwürde ertheilte, um dadurch nebst ihren Nachkommen in die Klasse der Ritterbürtigen zu gelangen (Otto Freising c. 13) der Briefadel aufgekommen, denn es fehlte hier die ausdrückliche Ertheilung, eine Urkunde, in welcher dieses Privilegium enthalten war.

Auch die Standeserhöhungen lauten ganz anders als die Dispensationen. In dem Adelsdiplom Karl IV. v. J. 1357. (Klüber de nobilit codicill. Erg. 1788. App. n. 3.) heißt es:

nos vestros heredes et liberos per masculinam lineam de vestris corporibus legitime descendentes, nobilitate et honoris civium nobilium titulo, privilegio et honorificentia — decoramus.

Dagegen heißt es in Diplom. Conradi IV. (bei Goldast Const. imp. T. 3. p. 1398)

> Notum facimus universis, quod A de N. majestati nostrae humiliter supplicavit, ut cum fieri velit miles, et pater suus miles non esset, sibi exinde largiri licentiam dignaremur. Nos autem ut fidei suae meritum — concedimus potestatem — de culminis nostri licentia decorari valeat cingulo militari.

Dieser Meinung sind: Struben, (Nebenstunden Th. II. S. 407.) Selchow, (elementa jur. germ. §. 123.) Steck, (von Geschlechtsadel Lpz. 1778. S. 35.) Fischer, (Kameral- und Polizeirecht Th. 1. §. 173. S. 516.) Runde, (Gr. d. d. PR. §. 365.) Eichhorn, (Reichs- und Rechtsgesch. Th. III. S. 354.) Mittermaier. (a. a. O.)

Dagegen nehmen unter andern Spangenberg, (Adelsspiegel Th. II. S. 311.) Rinck, (Diss. de galea Alt. 1726. Cap. 2. §. 6.) Reinerus Reineccius, (von des Adels Herkommen S. 140.) an, daß er unter Karl den Gr. oder doch unter Heinrich I. aufgekommen sey: Andere setzen den Ursprung vor das 13te Jahrh. v. Leipziger (Diss. de origine nobilit. dipl. Wittenb. 1758. §. 13.) indem Beispiele von Briefadel vom Jahre 984. unter Otto III. und 1123. unter Heinrich V. vorkommen. Seger (Diss. de jure conferendi dignitates §. 15. p. 25.) setzt den Ursprung in die Zeit Friedrich I. v. Ludewig (Erläuterung der goldenen Bulle Th. 1. S. 48.) ist der Meinung, daß vor dem 13ten Jahrh. kein Adelsdiplom vorhanden, machte aber nachher bekannt, (Hallische gelehrte Anzeigen Th. 1. not. 17. S. 271.) daß er eines vom K. Henrich VI. v. J. 1197. aufgefunden, in welchem 38 Geschlechtern Nürnbergs der Adel ertheilt worden, hat aber solches nicht bekannt gemacht. (s. Riccius Spicileg. j. p. 292.) Joachim (Sammlung vermischter Abh. Th. 1. S. 113. und 131.) setzt den Ursprung in die Zeit Rudolph I.

Gebhardi (Geschichte der erblichen Reichsstände Th. 1. S. 169.) in die Zeit Siegismund's; Moser (patriotische Phantasien Th. IV. S. 275.) unterscheidet einen zwiefachen Briefadel, den durch Herrendienst, diesen setzt er in die Zeit Siegismund's, und den durch kaiserliche Urkunden, dieser sey erst im 15ten Jahrhundert entstanden. Sehr viele behaupten, daß er zur Zeit Friedrich II. aufgekommen, jedoch der Sache nach schon unter Friedrich I. vorhanden gewesen, indem dieser die Ritterwürde an bloße Freigeborne ertheilt habe. Dieser Meinung sind Gundling, (Gundlinganis P. IX. p. 11.) Spener, (jus publicum Lib. II. c. 7. §. 5. n. 9.) Cramer, (de juribus et praerog. nob. avitae p. 88. not. 1.) Riccius, (Spicileg. jur. germ. §. 293. not. 2.) Klüber, (de nobil. codicill. §. 15.) Danz. (Handbuch d. d. PR. Th. 4. S. 51.)

§. 72. (M. §. 58.)

Es giebt a) keinen Personaladel. b)

1) Nur der Adel, welcher erbliche Standesvorrechte begründet, ist ein wahrer Adel.

2) Das, was die Reichsgesetze den Kammergerichtsbeisitzern zuſtanden, (Reichsabschied v. 1548. Art. II. §. 2.) bezog sich nur auf einzelne Auszeichnungen.

3) Wenn Landesgesetze Beamte in einzelnen Verhältnissen dem Adel gleich stellen, so folgt daraus noch kein Adel: denn es ist ein großer Unterschied, in gewissen Fällen dem Adel gleichgestellt zu seyn und einer Gemeinheit die Rechte des Adels zu ertheilen. Wenn daher K. Friedrich in der Urkunde v. 1720. dem Magistrat zu Stralsund Adelsrechte ertheilte, so hatten zwar die Mitglieder des Magistrats die Vorrechte des Adels, aber nur so lange, als sie diese Stelle bekleideten. — Eben so, wenn in einem Gerichte sich neben der adeligen eine gelehrte Bank befindet.

a) Nur Geburts- und Briefadel. Jener wird unrichtig Erbadel genannt (s. a. Bayr. Verfassungs-Urkunde IV. §. 1.) Denn von einer wahren Vererbung kann um so weniger die Rede seyn, da kein Todes-

Todesfall des Vaters vorausgesetzt wird. Ortloff Grundzüge eines Syst. des deutsch. Privatr. S. 182 not. 31.

Hiermit stimmen überein: de Selchow, elem. jur. germ. §. 244. Riccius, (Ueber landsäss. Adel S. 316. u. Spicil. j. g. p. 194.) Klüber, (de nobil. codicil. §. 4.) Danz, (Handb. d. d. PR. B. 3. §. 338. B. 4. §. 419.) Ortloff, (d. PR. S. 192. not. 38) Mittermaier. (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Nolden, (de statu nobil. c. V. §. 4.) Mauritius, (Diss. de nobil. germ. §. 19 p. 300) de Cramer, (Observat. jur. T. IV. n. 1049. p. 104.) Homel, (Rhaps. T. V. Obs. 518.) Fischer, (Cameral und Polizeirecht Th. 1. §. 806.)

b) Der Doctoradel ist eine Chimaire. Weder, daß Vater Ulpianus, nobilis gewesen, (L. 2. §. ult. L. 4. de excus. tutor., auch nobilissimus (L. 4. §. 1. c. de postulat.) noch die Glosse, wo Bartolus behauptet, daß jeder Doctor, welcher zehn Jahr Vorlesungen gehalten, ipso facto Ritter werde, und nach zwanzig Jahren Graf (Bartolus ad L. 1. C. profess. et med. ad L. 12. c. de dignit.) noch die Aeußerung K. Sigesmund auf dem Concilio zu Basel, indem er zum Fiscellius, der Ritter und Doctor zugleich war, bei dem spätern Eintreten in Saal und bei dessen Unentschlossenheit, ob er sich auf die Ritter= oder Gelehrten=Bank setzen sollte, sagte: — ne tu George nimis ridiculus es, qui militiam litteris anteponis, cum scias ex idiotis me vel sexcentos uno die equites creare posse, at ex eodem genere ne unum quidem doctorem, noch endlich die Auszeichnungen, welche die Doctoren genossen, haben vermocht, einen Adel für sie zu bewirken Danz. (Handbuch. B. 4. S. 270.)

§. 72. b) (M. §. 58. a)

Es giebt einen hohen Adel in Deutschland.

Wenn Vollgraff (Giebt es noch einen hohen Adel in Deutschland? Darmst. 1820.) überhaupt die Existenz des hohen Adels leugnet, so beschränkt dies Klüber (öffentliches Recht des deutschen Bundes §. 262. und Ebend. Abh. und Beobachtungen für Geschichtskunde und Staats= und Rechtswissenschaft. Frankfurt 1830. 1 B. not. VII) blos auf die Standesherrn im Sinne der deutschen Bundesakte, und solche, denen nach Particulair=Gesetzen der hohe Adel zu kommt. Eichhorn (Einleitung z. d. R. §. 57.) dagegen nimmt nach der Bundesacte 14 überhaupt einen hohen Adel an, und glaubt, daß

der Ausdruck: souverainer hoher Adel, nach der Bundesacte zu rechtfertigen sey.

§. 73. (M. §. 59.)

Die Benennung Standesherrn ist richtiger als die Mediatisirte.

Der Gegensatz von Mediasirte oder Mittelbare ist Unmittelbare. Mit dem Fall der Reichsverbindung haben Reichshoheit, Reichsstandschaft, Reichsunmittelbarkeit und Mittelbarkeit überall aufgehört, daher kann es jetzt keine Mediatisirten mehr geben, obgleich aber unrichtig diese Benennung in der Wiener Congreßacte Art. 32. 42. 52. Wiener Schlußacte v. 1820. Art. 63. vorkommt.

Dieser Meinung ist Klüber (öffentlich. Recht d. d. Bundes §. 301. not. g.), die entgegengesetzte ist angenommen im Archiv für standes- und grundherrliche Rechte B. 1. Heft 1. S. 108 — 115.

§. 74. (M. §. 60. not. 1.)

Es giebt keinen Kunkeladel.

Es gilt der Grundsatz: nobilitas nisi per penem transfertur, sonach kann, wenn auch die Mutter vom Adel, der Vater aber bürgerlich ist, der Adel nicht auf die aus dieser Ehe erzeugten Kinder übergehen.

Hiermit stimmt überein: N. H. Gundling, (Diss. an nobilitas venter? Hal. 1745.) Runde, (a. a. O. §. 368.) Danz, (Handbuch Th. 3. §. 368.)

Das Gegentheil hat Ludewig (Diss. jur. germ. de dignitate uxoris, vom Kunkeladel Hal. 1718. und in opusc. miscell. T. 3. Lib. 3. n. 5.) vertheidigt.

§. 75. (M. §. 60. not. 3.)

Die durch ein landesherliches Rescript Legitimirten erhalten nicht den Adel.

Der Adel kann nur durch eheliche Geburt der Regel nach und durch Adelsverleihung erworben werden. Die Legitimation durch ein landesherrliches Rescript ist aber

nicht als eine solche Verleihung anzusehn. Nur in dem Falle, wenn in dem Rescript dies ausdrücklich bestimmt ist und die Einwilligung der Agnaten vorhanden, ist das Gegentheil anzunehmen. Hiermit stimmen überein: Kind, (Quaestiones forenses T. II. c. 59.) Ortloff, (a. a. O. S. 183.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. baierische Verfassungsurk. Beil. 18. §. 2. Oestreich. Gesetzb. §. 162.

Das Gegentheil wurde von der ehemaligen Reichscanzlei [a]) in Ansehung derer, welche durch die Hofpfalzgrafen legitimirt waren, angenommen. Denn in dem Privilegien derselben hieß es: daß ihnen das Recht der Legitimation so zustehe, daß diese Kinder überall als legitime Kinder anzusehn seien, mit der Hinzufügung:

quin immo efficiantur nobiles, si parentes eorum nobiles fuerint.

a) Klüber kleine jurist. Bibliothek. Bd. VII. St. 25. S. 19. not. ††.

§. 76. (M. §. 60. not. 3.)

Die durch nachfolgende Ehe Legitimirten erhalten zwar adelige Rechte, nicht aber die, welche von dem Geschlechtsadel abhangen.

1) Die durch die nachfolgende Ehe legitimirten sind im Allgemeinen den Ehelichgebornen gleich. (Nov. 89. c. 9. §. 1. Nihil a legitimis differentes.)

2) Die auf diese Art legitimirten sind aber nicht von adeliger Geburt, und haben keinen Anspruch auf die Vorrechte, welche aus jener hervorgehn, und von der Abstammung aus rechter Ehe abhängen.

Hiermit stimmen überein: Runde, (Gr. d. d. PR. §. 369.) Danz, (Handbuch Th. 4. S. 81.) s. a. Pr. LR. Th. II. tit. II. §. 604. 605.

Mehrere aber ertheilen ohne Einschränkung den durch die nachfolgende Ehe legitimirten die Rechte Ehelichgeborner, als: v. Cramer, (de juribus et praerog. nobilitatis avitae p. 191.) Knipschild, (de fidei commiss. C. VIII. n. 409.) Riccius, (vom Adel Th. II. §. 27.) Klüber. (a. a. O.) Auch die reichsgericht-

liche Praxis nahm dieses an. Reichshofrathsconclusum v. 23. Dec. 1715. „wird des Hans Christoph v. Künsberg per subsequens matrimonium legitimirter Sohn Philipp Heinrich v. Künsberg in possessosorio davor — erklärt, und ist in der Kanzlei anstatt Wochsern künftig von Künsberg zu setzen. (Moser Reichshof. Th. III. 271.) S. a. Bair. Verf. Urk. Beil. 11. §. 2." Die durch nachfolgende Ehe legitimirten werden den ehelich Gebornen gleich geachtet.

Andere nehmen überhaupt das Gegentheil an. Epperlein. Bauer, (legitimationem per subsequens matrimonium nobililatem germanorum jure non restaurare Lpz. 1776.) Hesse, (de liber. legitim. an et quat. nob. conferat. Goett. 1792. §. 15.) Hofacker. (Princip. jur. civ. T. 1. §. 340. 597.)

Noch Andere machen einen Unterschied zwischen hohem und niederm Adel, und nehmen in Rücksicht des erstern, nach einem alten Herkommen und in Gemäßheit des ältern deutschen Rechts, an: daß der Adel nicht auf diese Art erworben werde; in Rücksicht des letztern sind sie der Meinung, die oben angeführt ist. S. Pütter, (jus. priv. princ. §. 27.) Eichhorn, (Einl. §. 60.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 77. (M. §. 60. not. 6.)

Wenn der Vater in Adelstand erhoben wird, so erhalten auch seine schon gebornen legitimen Kinder den Adel.

Wenn der Vater durch Standeserhöhung, nicht durch ein Amt, Würde oder Orden, den Adel erhält, so erhalten ihn auch die schon früher gebornen Kinder. Denn

1) ist der Regel nach der Adel erblich; wenn daher der Regent Jemanden in Adelstand erhebt, so ist stillschweigend anzunehmen, daß er auch die schon gebornen Kinder mit in den Adelstand erhoben habe; sollte das Gegentheil statt finden, so hätte solches in der Verleihungsurkunde ausdrücklich erwähnt werden müssen.

2) Die Vorrechte, welche dem Vater ertheilt werden, gehn der Regel nach auf die Kinder über, z. B. der befreite Gerichtsstand.

3) Nicht der Vater, der geadelt ist, ertheilt den Kindern den Adel, sondern der Regent.

4) Würde in gewissen Fällen der große Nachtheil entstehen, wenn man das Gegentheil annehmen wollte, unter andern alsdann, wenn nach den Landesgesetzen Familienfideicommisse blos von Adligen gestiftet und blos von diesen erworben werden können. Stiftet der Vater nach der Standeserhöhung ein Fideicommiß, so setzt er doch wohl voraus, daß seine Kinder darauf Ansprüche machen können, und gewiß nicht blos die, welche nach der Standeserhöhung geboren sind. Welcher Nachtheil würde nun nicht für die früher Gebornen entstehen?

Hiermit stimmen überein: Tiraquell, (de nobilit. c. 15. n. 21.) Homel (Rhaps. observ. 770.) s. a. Pr. Landrecht Th. II. tit. 9. §. 11. Bair. V. Urk. Beil. V. §. 2. Mittermaier (a. a. O.) nimmt es nur dann an, wenn der Adelsbrief sich auf die Kinder mit bezieht.

Das Gegentheil behaupten: Laroque, (de la nob. p. 186.) Christyn, (obs. 1. c. 16.) Klüber (de nobil. cod. §. 5. p. 11.) und führt zur Unterstützung an:

nam jura ista casu enascentia et quasi coelo delapsa (sehr schön) id est, quorum ratio nec exstat nec proinde potest reddi, ignorat profecto sana jurisprudentia; (die, welche der entgegengesetz- Meinung, sind sehr zu beklagen) ut tamen in hoc, si ex istorum virorum sententia procederet, proprie agnosci codicillarem nobilitatem a parente filiis collatam, quam tamen ab alio, quam qui potestatem tribuendi vel ob summum imperium, vel singulari causa instructus est, imputari, nefas habetur.

Eichhorn (Einl. z. d. PR. §. 60.)

§. 78. (M. §. 61. not. 1)

Durch Verzichtleistung geht der Adel verloren.

1) Ein Jeder kann seinen Rechten entsagen, wenn nicht das öffentliche Wohl oder das Recht Anderer solches verhindert. (L. 41. D. de minoribus L. pen C. de pactis.)

2) Die Adelsrechte gründen sich auf Privilegien des Staats, worauf verzichtet werden kann.

3) Die Verzichtleistungen können ausdrücklich oder stillschweigend geschehen: unter andern durch Handlungen, mit welchen entweder nach gesetzlicher Bestimmung, oder wegen ihrer Unverträglichkeit mit Ausübung des Adelstandes, der Adel selbst nicht mehr bestehen kann: als durch Adoption von einer Person bürgerlichen Standes, wenn der Adopirte seinen Geschlechtsnamen ablegt; durch Aufnahme in ein Handwerk.

Hiermit stimmen überein: Eisenhart, (de renunciat. nobilit. in opusc. n. 18. p. 357.) Riccius, (vom landsässigen Adel. c. 45.) Seger, (quibus mod. nobilit. amittitur Lpz. 1776. §. 5.) Runde, (Gr. d. d. PR. §. 372.) Danz, (Handbuch d. d. PR. B. 4. §. 372.) Eichhorn, (a. a. O. §. 61.) Ortloff. (a. a. O. S. 184. not. 32.)

Andere dagegen nehmen an: daß, weil der Adel zu den Geblütsrechten gehöre, weder im Allgemeinen noch auch im Besonderen, wenn auch der Verzicht eidlich bestärkt seyn sollte, eine Entsagung gültig sey. Nolde (de stat. nobilit. c. 15. §. 13.) Martini. (D. de modis praecipuis, quibus nobilitas ammitti dicitur. Lpz. 1760. §. 9.)

Mittermaier dagegen behauptet, daß, weil der Adel in dem Zusammenhange mit dem öffentlichen Rechte steht, der Verzicht erst dann bindend wirken könne, wenn er von der Staatsgewalt angenommen, wenigstens da, wo Adelsmatrikel eingeführt sind. Hiermit stimmt auch die Bair. V. Urk. Beil. V. §. 18. fast ganz überein, denn es heißt hier: auf den Adel kann freiwillig verzich-

tet werden. Vor einem solchen ausdrücklichen Verzichte muß jedoch dem Könige durch das Staatsministerium des königl. Hauses die förmliche Anzeige geschehen. — Daß die Verzichtleistung erst dann bindend wirken könne, wenn der Verzicht von der Staatsgewalt angenommen ist, wird nach dem Bair. Edict nicht erfordert: es soll blos eine Anzeige durch das Ministerium erfolgen.

§. 79. (M. 61. not. 1.)

Die vom Vater geschehene Verzichtleistung auf den Adel ist für seine bereits gebornen Kinder unnachtheilig.

1) Es mag ein alter oder ein neuer Adel seyn, so erhalten zwar die Kinder jenen vermittelst ihres Vaters, allein das Recht selbst verdanken sie ihren Vorfahren, ist es ein neuer, so erstreckt sich das Privilegium mit auf die Kinder, welches der Vater ihnen nicht willkührlich nehmen kann.

2) Die Kinder, welche nach der Renunciation geboren werden, haben den Adel nicht, weil der Vater solchen nicht mehr besitzt, gesetzt auch, sie wären zu der Zeit, wo der Vater verzichtete, schon concipirt gewesen: nondum natorum nulla sunt jura.

Hiermit stimmen überein: Klüber, (de nobil. cod. §. 12.) Eichhorn, (Einl. z. d. PR. S. 178. not. h.) Mittermaier (Gr. d. d. PR. §. 61.) s. a. die Bair. V. Urk. Beil. V. §. 18. badische Grundverfassung §. 21. lit. e.)

Das Gegentheil nimmt an: Riccius, (v. Adel Cap. 45. §. 4.)

§. 80. (M. §. 61. not. 2.)

Wenn eine Adelige einen Bürgerlichen heirathet, so entsteht kein Verlust des Adels, sondern er wird blos suspendirt.

1) Die Adelige, welche einen Bürgerlichen heirathet, giebt dadurch noch nicht zu erkennen, daß sie auf immer auf ihren Adel verzichte.

2) Auf die adligen Rechte kann sie, so lange sie den Stand des Mannes hat, keine Ansprüche machen, indem sie jenem folgt.

3) Der Geburtsstand wird durch die gesetzlichen Wirkungen der Ehe nicht aufgehoben: wird daher die Ehe durch den Tod oder Ehescheidung getrennt, so tritt sie in ihre vorigen Rechte, daher es unbedenklich ist, daß, wenn sie eine zweite Ehe mit einem Altadeligen eingeht, die Kinder dieser Ehe auf die Rechte des alten Adels Ansprüche zu machen berechtigt sind.

Hiermit stimmen überein: Felgmann, (von d. Ahnenzahl Cap. 3. § 2 — 5.) Eichhorn, (Einl. z. d. PR. S. 178. §. 61) s. a. Bair. V. Urk. Beil. V. §. 51. Pr. Landrecht Th. II. tit. 9. §. 84. „doch kann sie nach, ohne ihre Schuld, getrennter Ehe in den ihr angebornen Adelstand wieder eintreten."

Andere dagegen nehmen an, daß der Adel verloren geht. Seger, (Diss. quib. mod. nobil. amitt. §. 8.) Steck, (vom Geschlechtsadel. S. 76.) Runde, (a. a O. §. 372.) Danz, (a a. O. B. 4. §. 372.) Klüber, (kleine jurist. Bibliothek St. 25. S. 13. Ebenderselbe öffentl. Recht d. d. B. §. 261. not. b.) Mittermaier, (a. a. O.) Fischer, (Cameral- und Polizeirecht B. 1. S. 522.)

§. 81. (M. §. 61. not. 3.)

Durch Adoption von einem Bürgerlichen geht der Adel nur dann verloren, wenn der Adlige seinen Namen ändert.

Daß durch die Adoption allein der Adel verloren gehe, läßt sich darum nicht annehmen, weil hierdurch keine stillschweigende Verzichtleistung erfolgt. Führt aber der Adoptirte seinen vorigen Namen nicht fort, so giebt er dadurch zu erkennen, daß er auf seinen Adel verzichtet.

Hiermit stimmen überein: v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. V. S. 1683.) Riccius, (Recht d. Adels S. 528.) C. G. Knorre, (Diss. de nobilitate adoptiva Hal. 1721.) Mittermaier. (a. a. O.)

Einige nehmen überhaupt ohne Einschränkung die Aufhebung an. Geisler, (Sciagraphia jur. germanici priv. §. 136.) Fischer, (Cameral- und Polizeirecht Th. 1. S. 521.) Danz, (Handbuch B. 4. S. 84.) Eichhorn, (a. a. O.) s. a. P. LR. Th. II. tit 9. §. 82. sich von Jemandem niedern Standes an Kindesstatt annehmen lassen, und dabei seinen adligen Namen verändern.

§. 82. (M. §. 61. not. 4.)

Durch Treibung eines zunftmäßigen Handwerks oder Krämerei bei offenem Laden, nicht aber durch den Großhandel geht der Adel verloren.

1) Schon nach dem ältern deutschen Rechte war ein wichtiger Unterschied zwischen Großhändler (negotiatores) und Kleinhändler (mercatores). Erstere konnten unbeschadet ihres Adels den Handel treiben. (Fischer Geschichte des d. Handels Th. 1. S 327. 328.)

In dem Tournier-Gesetz Heinrichs I. v. 938. Art. XI. heißt es:

„So er sich mit Kaufmannschaft, Wechseln, Verkaufen und dergleichen Dingen nähren, oder sein Einkommen machen wollte, dadurch sein Adel geschmäht und verachtet werde.“

In der Glosse zum Sachsenspiegel B. II. 27. „Pfaffen und Ritter (müssen) — auch zollen, ob sie — Kaufmannschaft treiben.“

In der Verordnung von 1417 (Schlözer Staatsanzeigen Heft 6. S. 152.)

„Doch sollen die Personen so — in den Stand — als Adel erhoben worden, sich aller bürgerlichen Handthierungen und Gewerbe samt andern unadligen Sachen und Thaten bei Verleihung unserer Concession gänzlich enthalten.“

In der vom Kaiser Leopold dem Freiherrn von Ingelheim im Jahr 1680 verliehenen großen Comitive heißt es:

„Doch sollen die Personen so also, wie vorsteht, durch ernannten Freiherrn von Ingelheim, oder seine Franz Adolph Dietrich Nachkommen, in den Stand und Grad des Adels erhebt — sich aller bürgerlicher Handthierung, handwerklichem Gewerbe und kleinen Kaufmannschaft, enthalten."

In Ludwig XIV. ordonnance d'Orleans en. 1360 und in der de la marine en 1681 heißt es:

„Que (les gentils hommes) ne vendent point en detail"; der Seehandel war ihnen aber erlaubt. (Boulay Paty droit commercial marit. 1. p. 250.)

2) Der Großhandel war dem Adel von jeher erlaubt, indem er nicht in Zünfte eingeschlossen. Viele adelige Familien haben ihn in ältern Zeiten getrieben, und treiben ihn noch. Man gedenke an die Familien von Fugger, von Fries in Augsburg, an mehrere in Frankfurt a. M. (Schlözer a. a. O. Heft 20. S. 411.) Anderson (allgem. Geschichte des Handels. Th. III. S. 555.)

Wenn der Adel mit Verachtung auf die kaufmännischen Verdienste herabsieht, so mag er daran gedenken, daß die ersten Stifter des deutschen und Johanniter-Ritterordens Kaufleute waren, und daß ihre Familien Jahrhunderte hindurch die reichen Commenden genossen.

3) Die römischen Verbote passen auf unsere Einrichtungen nicht.

In der L. 3. C. de commerciis heißt es:

„nobiliores natalibus et honorum luce conspicuos, — mercimonium exercere prohibemus.

Der Grund des Verbots lag darin, weil es gegen den Stand eines nobilis anstieß, wenn er Handel trieb, weil dieses ein verächtliches Gewerbe war. Doch war blos der Waarenhandel (mercimonium) verboten. (Pohl Handelsrecht S. 53.) Ganz unrichtig ist, wenn man dieses Verbot auf den Kleinhandel beschränkt, indem die Römer den Unterschied zwischen beiden Arten des Handels nicht kannten. (Stracha de mercat. P. II. c. 17)

4) Die ältern Particular-Gesetze verbieten den Adeligen meistentheils Handel zu treiben. Gothaische Lan-

desordnung P. II. tit. 12. Mecklenburgische Polizeiordnung tit. 29. Würtembergische Landesordnung tit. 61. Magdeburgische Polizeiordnung c. 7. Corp. const. brand. Culmb. T. II. p. 467. 514. 551. In Hamburg kann kein Adeliger das Bürgerrecht erhalten, sonach kann er auch keinen Handel treiben, oder er müßte seinen Adel aufgeben. Nur kann dies nicht auf den Großhandel bezogen werden, denn auch ein Fremder als bloßer Schutzverwandter kann diesen treiben. Auch in Sachsen muß der, welcher Handel in den Städten treiben will, das Bürgerrecht gewinnen, der Adelige ist nicht von der Erlangung desselben ausgeschlossen, und kann sonach unbeschadet seines Standes Handel treiben. (Curtius Handbuch des in Chursachsen geltenden Civilrechts. Th. I. §. 282. Haubold Lehrbuch des königl. sächs. Privatrechts §. 413.)

Neuere Gesetze haben den oben angegebenen Unterschied aufgenommen, oder gestatten überhaupt den Adeligen Handel zu treiben. Pr. LR. Th. II. tit. 9. §. 79.

„In geschlossenen Kaufmannsinnungen soll — kein Adeliger ohne besondere landesherrliche Bewilligung aufgenommen werden."

Nach der Preuß. Verordn. von 9. Oct. 1807. §. 2. (Mathis jurist. Monatschr. B. 5. S. 170.) kann jeder Adelige, ohne Nachtheil seines Standes, bürgerliche Gewerbe treiben.

Bay. V. Ur. Beil. V. §. 21.

„Suspendirt wird der Gebrauch des Adels — durch die Ausübung eines Gewerbes bei offenem Kram und Laden."

5) Da das römische Recht in dieser Lehre unanwendbar und es an allgemeinen Verordnungen fehlt, so kann zu Folge der Geschichte und in Uebereinstimmung der Particular-Gesetze im Allgemeinen der Grundsatz aufgestellt werden:

„daß durch Treibung des Großhandels der Adel nicht verloren geht, wohl aber durch Kleinhandel, so wie durch Betreibung zünftiger Gewerbe."

Uebrigens kann der Großhändler, welcher von Adel ist, in Handelsangelegenheiten auf die Vorrechte seines Standes keine Ansprüche machen. In Oesterreich sind die privilegirten Großhändler öfters von Adel; werden sie in corpore belangt, so haben sie nach dem Hofdecret von 6ten Febr. 1790 die Vorrechte des Adels. Mit obigem Grundsatze stimmen überein:

Hammerer (de mercatura vero indignit. const. haud indecente. Arg. 1786.) Seger (de nobilium jure negotiandi. Lpz. 1768.) Ebend. (Quaest. jur. germ. quibus modis nobilitas amittatur. Lipz. 1776. §. 7.) Leyser (medit. ad P. sp. 670. med. 22.) Riccius (vom Adel S. 452.) Runde (Gr. des deutsch. PR. §. 372.) Danz (Handb. d. deutsch. PR. Bd. 4. §. 372.) Martens (Handelsrecht §. 11.) Eichhorn (Einl. S. 179.) Bender (Handelsrecht §. 30.) Pohl (a. a. O.)

Andere dagegen sind der entgegengesetzten Meinung und gestatten ohne Nachtheil den Adeligen den Handel: als Mittermaier (a. a. O.); Andere schließen ihn ohne Unterschied aus, weil Kaufmannschaft nicht zu dem Adelstande passe, als Breuning (de nobile non mercatore Lpz. 1759.)

§. 83. (M. §. 62.)

Die Einführung der Ahnenprobe a) veranlaßte der ehemalige Beweis der Freigeborenheit.

1) Der Beweis der Freigeborenheit wurde schon frühzeitig erfordert. Im Capitulare a. 644 heißt es:

> Qui vero ex eisdem fuerint progeniti, ad testimonia a tertia generatione amittantur. (Baluz T. I. p. 154.)

Der Beweis war auf die drei Generationen beschränkt:

a) Abgeleitet von Ein (Einer, Einheit,) welches noch in einigen Gegenden Deutschlands wie ahn ausgesprochen wird. Geisler Sciagraphia jur. germ. priv. §. 128. Die Glosse zum Sachsenspiegel Bd. III. art. 29 sagt: das Wort Ahnen ist aus dem Latein gezogen von dem Wortlein anum, welches heißt ein Zagel.

2) Daß die Ahnenprobe durch die eigennützigen und herrschsüchtigen Absichten der römischen Päpste eingeführt wurde, die öfters Italiener in die Präbenden und Domstifter, welche eigentlich blos dem deutschen Adel zukommen, einzuschieben trachteten, ist darum unrichtig, weil solche schon früher, als sie bei den Domstiftern vorkommt, bei Tournieren und Ritterpfründen, um Ritterunbürtige auszuschließen, eingeführt war. Aber freilich wurde sie strenger und vermehrt, seitdem die Ertheilung der Ritterwürde an bürgerliche Patricier und andere Nichtrittermäßige erfolgte, und auch Fremde, vorzüglich Italiener in Domstifter eindrangen.

Hiermit stimmen überein: Estor (prakt. Anleitung zur Ahnenprobe. Marb. 1730. §. 1.) Böhmer (de ingenuorum natalium probatione §. 7. in Electis T. II. p. 689.) Dreyer (Beiträge zur Geschichte des deutsch. Rechts. St. 1. S. 39.) Runde (Gr. d. deutsch. PR. §. 377.) Danz (Handbuch Bd. 4. §. 377.) Das Gegentheil nehmen an: Felgmann (von der Ahnenzahl K. 1. §. 18.) Gundling (Diss. an nobilit. venter? Cap. II. §. 10. 11.)

§. 84. (M. §. 63. II. a. b.)

Es giebt keine gemischten adeligen Vorrechte.

Gemischte adelige Vorrechte werden diejenigen genannt, welche an sich betrachtet, einem adeligen Gute ankleben, zu deren Ausübung aber von dem Besitzer eine persönliche Qualität erfordert wird, die entweder in dem Adel überhaupt bestehen kann, oder in einer gewissen Classe desselben. Dergleichen kann es aber nicht geben. Rechte, die ihren Grund in dem bürgerlichen Zustande einer Person haben, heißen persönliche, so wie die, deren Grund, ohne Rücksicht auf die persönliche Beschaffenheit des Eigenthümers in der Qualität der Sache liegen oder die für jeden aus dem Eigenthum derselben fließen, dinglich genannt werden.

Ein persönliches Recht kann also kein dingliches seyn, und ein dingliches nicht zugleich ein persönliches:

möglich aber ist es, daß ein Recht, welches eine Zeit lang ein persönliches gewesen ist, in der Folge diese Beschaffenheit verliert und ein dingliches wird, oder umgekehrt, daß ein bisher für dinglich gehaltenes Recht in ein persönliches verwandelt werden kann. Dies war nun bei dem Adel wirklich der Fall: z. B. bei der Landstandschaft, Jagdrecht. Daher sind die sogenannten gemischten Rechte nichts weiter als persönliche Vorzüge des Adels, die in dem Wiederaufleben derjenigen Rechte bestehen, welche den ehemaligen ritterbürtigen Besitzern, der Güter wegen, zuständig, aber erloschen waren, seitdem diese sich in bürgerlichen Händen befanden, welches Aufleben sogleich erfolgte, als ein Adeliger überhaupt, oder ein Altadeliger wieder zum Eigenthum derselben gelangte.

Dieser Meinung sind: Seger (Diss. de conjunctione loci et suffragii in comitiis prov. cum dom. praed. nob. §. 4.) Posse (Abhandlungen einiger vorz. Gegenst. des deutsch. Staats- und Privatrechts. Heft 1. n. 2. S. 64.)

Die Eintheilung nehmen an: de Schulenburg (Diss. de privil. et praerogat. mediatorum in germania. Giefs. 1733.) Runde (Gr. d. deutsch. PR. §. 385.) Danz (Handbuch Bd. 4. §. 385.)

§. 85. (M. §. 63. II.)

Der Adel hat kein besonderes Vorrecht vor andern Bürgern in Ansehung des Gerichtsstandes.

1) Der ältere Grundsatz: jeder muß von seines Gleichen gerichtet werden, (Dreyer von den Wirkungen der Genossenschaft oder Standes- und Geburtsgleichheit in: vermischten Abh. Th. 3. n. s.) bewirkte, daß die Adeligen den gewöhnlichen Gerichten, welche nicht mit Adeligen besetzt waren, wie unter andern die städtischen die Schöffen zu Beisitzern hatten, nicht unterworfen waren, — allein dieser hat sich in neuern Zeiten verloren.

2) Nach der neuern Gerichtsverfassung ist jeder, der nicht der Patrimonial-Gerichtsbarkeit unterworfen, unter

die landesherrlichen Gerichte gesetzt, und es ist kein Grund vorhanden, Adeligen vor andern Staatsbürgern in dieser Hinsicht ein Vorrecht einzuräumen.

3) Von der Patrimonial-Gerichtsbarkeit ist er, sey sie einem andern Adeligen, oder dem Landesherrn zuständig, darum befreit, weil der Adel vor ältern Zeiten derselben nicht unterworfen, weil dadurch leicht Collisionen veranlaßt werden konnten, und selbst nach den neuern Verfassungen die Eximirten oder Privilegirten des dritten Standes nicht darunter stehen.

4) Die beschränkte Befreiung [a]) von der städtischen Gerichtsbarkeit ist in den Ländern, wo solche landesherrlich, und nicht mehr ein Recht der Stadt ist, ganz unzulässig.

a) Nach der ältern Verfassung waren Adelige von der städtischen Gerichtsbarkeit befreit, und derselben nur dann unterworfen, wenn der Adelige steuerbare Grundstücke in der Stadt besaß, oder in derselben bürgerliche Nahrung trieb.

5) Verliert der Adelige, wenn ihm das Vorrecht der höhern Instanz eingeräumt ist, indem, wenn er den höhern Gerichten unterworfen, nur noch eine Instanz hat, wohin die Appellation geht, da er, wenn er unter den niedern Gerichten steht, immer drei Instanzen hat, die einem jeden Staatsbürger in Civil-Sachen nach der Bundesacte zustehen.

Sonach kann ein Adliger nur alsdann auf einen privilegirten Gerichtsstand Ansprüche machen, wenn die Landesgesetze ihm dieses Vorrecht zugesichert haben.

Hiermit stimmen überein: Bauer, (in opusc. 1. p. 463.) Eisenhart, (Stadt u. Bürgerrecht §. 188.) Mittermaier, (a. a. O.) Eichhorn (Einleit. §. 64. not. IV.)

Das Gegentheil behaupten mit Beschränkung, so, daß der Adlige zwar eximirt sey, nur nicht dann, wenn er seinen Wohnsitz in der Stadt hat: Mevius, (ad ius lubec. quaest. prael. IV. n. 58.) Riccius, (von Stadtgesetzen S. 455.) Mehrere ohne Beschränkung: Göbel, (de statu nobilit. germ. §. 7. n. 6) Gund-

ling, (recht. Ausarbeit. Th. 1. S. 73.) Engelbrecht, (Observ. sel. for. IV. Obs. 122.) Posse. (Abh. aus dem Stadt u. Privatrecht Heft 1. Abh. 2. mit den in der nota angeführten Ausnahmen.)

Die Particulair=Gesetze enthalten verschiedene Bestimmungen: so steht nach der Bair. V. Urk. Beil. V. §. 11. denselben eine Befreiung von dem Gerichtsstande vor den Landgerichten zu, sie stehen unter dem Kreisgerichte (welches eigentlich nur scheinbar ein befreiter Gerichtsstand ist, indem das Kreisgericht zugleich das Stadtgericht ist.) Dagegen nach dem neuern sächs. Recht (Haubold K. S. Privarrecht §. 386. not. k.) steht ihnen kein befreiter Gerichtsstand, selbst nicht den Grafen zu.

§. 86. (M. §. 63. II. 13.)

Das Recht, ein adeliges Wappen zu führen, steht blos dem Adel zu.

Wappen sind ihrem Ursprunge nach mit Figuren versehene Schilder, durch welche man Personen ohne Zunamen, die überdies nicht ganz geharnischt waren, im Felde von Andern, die gleiche Vornamen hatten, unterscheiden konnte. Sie unterscheiden sich daher wesentlich von dem Siegel. So lange Hof= und Lehngerichte noch mit Adeligen besetzt waren, so stand auch denselben die Siegelung zu; in der Folge, wo auch Doctoren Mitglieder wurden, erhielten auch Bürgerliche diese Befugniß. Durch kaiserliche und landesherrliche Privilegien wurde denselben auch das Recht ertheilt, ein bürgerliches Wappen zu führen. Sonach war das Wappenrecht, seiner Entstehung und Absicht nach, ein ganz verschiedenes Recht vom Siegel= oder Petschaftsrechte, und weit umfassender als dieses. Das Recht, ein Wappen zu führen, ist ein dem Adel an und für sich zustehendes Recht, dem Bürgerlichen wurde es blos durch eine besondere Verleihung zu Theil. Durch jenes kann auf den Adel geschlossen werden, nicht durch dieses, denn durch die

Er=

Ertheilung des Wappenbriefs wird der Adel nicht erworben.

Hiermit stimmen überein: Estor, (kleine Schriften 1. S. 913.) Wenk, (de concessione insignium Lpz. 1772.) Neues Lehrgebäude der Diplomatik Th. VI. S. 241. Posse, (a. Abh. S. 109.) Mittermaier. (a. a. O.) S. a. Bair. V. Urk. Beil. V. §. 99. wo es heißt: „die berechtigten Mitglieder einer immatriculirten adeligen Familie haben die Befugniß, sich der in den eingetragenen Diplomen bezeichneten Titel und Wappen zu bedienen."

Das Gegentheil nehmen an: Runde, (Gr. d. d. PR. §. 389.) Danz, (Handb. d. d. PR. Th. 4. S. 126.) Eichhorn. (Einl. z. d. PR. §. 63)

§. 87. (M. §. 63. II. B.)

Die Landstandschaft gehört ursprünglich zu den persönlichen Rechten des Adels.

Die Landstandschaft ist ursprünglich ein persönliches Recht des Adels, denn, wenn von Landständen gesprochen wird, die vor der collegialischen Verfassung des landständigen Körpers blos als ausgezeichnete Glieder betrachtet werden können, so gehörten zur Ritterschaft nur die wirklichen Lehnbesitzer und belehnten Vasallen, nicht aber alle Personen aus ihren Geschlechtern, die zwar ritterbürtig, aber dadurch noch keine Vasallen waren. Der Lehnherr rief die Ritterschaft zusammen, um ihre Treue auch außer den Streitfällen zu proben. Dies ist die erste Spur von landständischem Wesen, und da diese Treue, weil sie aus einem Contracte entsprang, in einer persönlichen Leistung bestand, so ist wohl einleuchtend, daß die Landstandschaft in ihrer Quelle ein persönliches Recht der Ritterschaft war. Erst zu der Zeit, wo die Steuern häufiger, als ein nach den Gütern bestimmter Steuerfuß eingeführt und die übrigen Staatsbürger nach Befestigung der Landeshoheit zur Beihülfe gezogen wurden, und am Ende des funfzehnten Jahrhunderts die land-

schaftlichen Körper sich in Klassen bildeten, erwuchs die Steuerverbindlichkeit zu einer auf den Gütern haftenden Last, und die Landstände, die vorzüglich der Hülfe wegen zusammen gerufen waren, bei dieser Gelegenheit aber auch von ihrer Seite Forderungen machten, die sie auch zugestanden erhielten, repräsentirten auf den Landtagen dieses Eigenthum nach den Klassen, zu welchen sie gehörten. So veränderte sich das ursprünglich persönliche Recht in ein dingliches, und ging sonach auf jeden Besitzer eines Ritterguts über.

Dieser Meinung sind: Seger, (Diss. de conjunctione loci et suffragii in comitiis prov. cum dominio praed. nob. Lipz. 1769. §. 4.) Posse. (Abh. aus dem Staats- und PR. 1 Heft 1 Abth. S. 83. Ebend. Ueber das Staatseigenthum in den deutschen Reichslanden und Staatsrepräsentationsrecht d. d. Landesstände; Rostock 1794. S. 197 — 200.) Das Gegentheil nehmen an und betrachten die Landstandschaft theils als ein dingliches, theils als ein gemischtes Vorrecht: Riccius, (von Adel S. 394.) Pestel, (D. de comitiis provincial. vulgo Landtage. Rint. 1732. §. 12.) Pufendorf, (Observ. T. III. obs. 103.) Beomannorum, (consilia P. I. Dec. 29.) Leyser. (Medit. ad P. Sp. 664. m. 30. 31.) In den Particulair-Gesetzen sind verschiedene Bestimmungen aufgenommen: doch wird solches gewöhnlich nur adeligen Rittergutsbesitzern gestattet als in Sachsen: Haubold sächs. Privatrecht §. 393. und in Baier. V. Urk. Tit. VI. §. 7. „die zweite Kammer der Ständeversammlung bildet sich a) aus den Grundbesitzen, welche eine gutsherrliche Gerichtsbarkeit ausüben und nicht Sitz und Stimme in der ersten Kammer haben." Verf. Urk. Beil. VI. §. 26. — kommt den Adeligen ausschließend das Recht zu, eine gewöhnliche Gerichtsbarkeit ausüben zu können.

Anmerk. Das beneficium competentiae kommt den Adeligen als solchen nicht zu. Strecker (D. de beneficio competentiae nobilibus non competente §. 23.) Danz (Handb. 4. §. 396. n. 4.) Struben (rechtl. Bed. B. 1. n. v.) Posse Abh. 2. S. 129. Das Gegengentheil wird, sich stützend auf das fremde Recht. „Miles qui

sub armata militia stipendia meruit, condemnatus ea tenus, qua facere potest, cogitur solvere" angenommen von Leyser (Sp. 664. med. 34.) s. a. Codex judiciarius bavaricus. C. 14. Wegen Sachsen: Wernsdorff Pr. an filii vasali nobilis in Saxonia beneficio comp. gaudeant? 1798.

§. 67. (M. §. 64. not. 1.)

Dem Adel an sich kommt weder nach den ältern, noch neuern Gesetzen ein vorzügliches Recht auf Kirchenpfründen zu.

1) Ein ausschließliches Recht des Adels auf Kirchenpfründen war nach der ältern Verfassung nur dann anzunehmen, wenn er durch Fundation oder durch einen andern Reichstitel solches erworben hatte. Verschiedene Versuche wurden zwar gemacht, um die Bürgerlichen von den reichen Pfründen auszuschließen, allein die Päpste und Concilien ließen alle Versuche scheitern. C. 37. X. de praebendis.

Das Basler Concilium bestimmte, daß zum wenigsten ⅓ Theil aller Stellen in den Stiftern mit graduirten Personen besetzt werden sollten, welche Bestimmung auch die Fürsten Concordate aufnahmen. Die Tridentinische Kirchenversammlung bestimmte, daß Niemand zu einem geistlichen Amte gelangen solle, der nicht die erforderlichen Eigenschaften habe. (Sess. XXII. C. 4. XXIV. C. 12. de reform.) In dem westphäl. Friedens-Instr. Art. IV. §. 17. heißt es:

operaque detur, ne nobiles Patricii, gradibus academicis insigniti, aliaeque personae idoneae, ut id fundationibus non adversetur, excludantur, sed ut potius in iis capitulis conserventur.

Die richtige Erklärung dieser Stelle geht dahin, daß der westphälische Friede die Kapitel auf ihre ursprünglichen Fundationen zurückführt, und sich mithin dadurch gegen das ausschließliche Recht des Adels erklärt. Es kann sonach aus dieser Stelle gar kein Vertheidigungsgrund entnommen werden, denn es heißt allgemein: aliaeque personae idoneae.

Hieraus erwuchs die wichtige Folge, daß, da der westph. Friede Art. XVII. §. 3. alle Statuten, Ge-

wohnheiten u. s. w. welche den Verordnungen desselben entgegenstanden, völlig cassirte; auch die Kapitelstatuten, wodurch die Nothwendigkeit des Adels dem westph. Frieden zuwider bestimmt wurde, unverbindlich und null waren, und nicht blos Graduirte vermöge speciellen Herkommens in einigen, sondern auch Andere in allen Stiftern zugelassen wurden.

Diese Meinung hat vorzüglich vertheidigt: Spittler, (in hist. Magaz. B. 2. S. 433.) dem dann die Meisten folgten. Böhmer, (Prin. j. can. §. 439.) Danz, (Handbuch d. d. PR. §. 402.) Posse, (in d. ang. Abh. S. 121.) Wiese. (Handbuch d. KR. Th. II. S. 272.) Der entgegengesetzten Meinung sind: Gregel, (in Gött. Magazin B. II. St. 3. n. 9. p. 554.) Horix, (im Gött. Magaz. B. III. St. 3. n. 9.) und J. M. Seuffert. (Versuch einer Geschichte des deutsch. Adels in den hohen Erz- und Domcapiteln, nebst einigen Bemerkungen über das ausschließende Recht desselben auf Dompräbenden. Erf. 1790.)

2) Die Aufhebung der Domstifter durch den Reichs-Deputations-Hauptschluß v. 1803. mit Ausnahme eines, dann die gänzliche Veränderung der deutschen Staatsverfassung durch den rheinischen und deutschen Bund, haben auch in dieser Hinsicht eine große Veränderung hervorgebracht. Zur Aufnahme in die neuerrichteten Domstifter wird nicht mehr der Adel erfordert, unter andern in Preußen: päpstl. Bulle für Preußen v. 16. Jul. 1827. in Baiern bair. Concordat Art. 10. wo sich auf das Concilium Tridentinum berufen wird.

§. 89. (M. §. 64. b)

Es ist ein unächtes Vorrecht des Adels, welches in einem Vorzug bei Erlangung der Militair- und Civilämter besteht.

1) Aus der Entstehungsgeschichte des Adels kann kein Grund zur Begründung eines Vorzugsrechts bei den Militairstellen gefunden werden; denn der Adel erhielt die Lehne mit der Verbindlichkeit der Kriegsleistung, durch

den Verfall des Lehnwesens fiel die Last, das nothwendig gewordene stehende Heer zu unterhalten, auf die übrigen Staatsbürger mit. Es würde daher ganz unbillig seyn und eine unrechtmäßige Ungleichheit bewirken, wenn man dem Adel einen Vorzug in dieser Rücksicht gestatten wollte.

2) Ein Grund zum Vorzug der Civilstellen ist jetzt nicht vorhanden, denn wenn in ältern Zeiten die vorzüglichsten richterlichen Stellen mit Adeligen besetzt wurden, weil der Grundsatz galt: jeder muß von seines Gleichen gerichtet werden, so fällt dieser nach den neuen Verfassungen weg.

Dieser Meinung sind: Runde, (Gr. d. d. PR. §. 403.) Posse, (a. a. O. S. 122.) Mittermaier. (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Moser, (Hofrecht Th. 1. S. 90.) Riccius, (vom Adel S. 349.) Strubens. (Nebenstunden Th. II. n. 14.) Nur in Ansehung der höhern Hofstellen ist eine Ausnahme zu machen, indem sich die Landesherrn von jeher durch den Ministerialadel bedienen ließen, und es wohl gleich viel ist, ob man den Adel dafür mit Hoflehen, oder mit Gelde besoldet

In der Baierischen Verfassungs Urk. Tit. IV. §. 5. ist bestimmt:

„Jeder Baier ohne Unterschied kann zu allen Civil- Militair- und Kirchenämtern oder Pfründen gelangen."

Nach dem bair. Rescript v. 15. April 1826. (S. 416.) muß der, welcher zu einer Kammerjunkerstelle gelangen will, 6. Ahnen nachweisen.

Wegen der Aufnahme zu Pagen in Sachsen s. Haubold Königl. Sächs. PR. §. 387. not. d.

§. 90. (M. §. 66.)

Der Unterschied zwischen Amts- und Schriftsässigkeit ist nicht im Lehnrechte zu suchen.

Der Unterschied zwischen Schrift- und Amtssässigkeit ist nicht allein in Sachsen, sondern wie Struben

(Nebenstunden P. V. Abh. §. 4. von geschlossenen und ungeschlossenen Gerichten der Landsassen) gezeigt, auch in andern Ländern vorhanden: die Untersuchung über den Ursprung beider ist wichtig, indem danach die Frage zu entscheiden: was zu vermuthen ist? (Inst. j. S. elect. privati p. 74 75.) Der Unterschied ist darin zu suchen, daß die Städte und Rittergüter (welche jetzt amtssässige genannt werden) zu den fürstlichen Kammergütern gehörten und dem landesherrlichen Vogt unterworfen waren, auch nachdem sich ihr Zustand geändert hatte; die übrigen aber (welche jetzt schriftsässige heißen) niemals in dieser Unterwürfigkeit standen.

1) Die Amtssässigen konnten von dem Präfecten zu jeder Zeit aufgefordert werden, Kriegsdienste zu leisten, wenn es die Wohlfahrt erforderte, die Schriftsässigen nur dann, wenn alle Vasallen zusammen als Kriegsheer gegen den Feind streiten mußten.

2) Die Steuern und Abgaben, welche die amtssässigen Städte und Rittergüter zu entrichten, hatten die Steuereinnehmer zu erheben.

3) Streitigkeiten der Amtssassen entschied der Vogt, die der Schriftsassen aber das höhere Gericht.

Hiermit stimmt überein: Zachariä, (historiae feudorum nobilium, quae sunt in dominio principis electoris saxoniae, adumbratio Viteb. 1798 §. 7.) Weisse, (Geschichte Sachsens B. II. S. 169.) und Zachariae. (Lehnrecht. S. 178) Dagegen nehmen Andere an:

1) daß der Unterschied darin zu suchen, weil nach dem ältern Rechte der Grundsatz gegolten: jeder muß von seines Gleichen gerichtet werden, weshalb alle Adelige die Schriftsässigkeit gehabt hätten (s. Inst. jur. Saxonici elect. priv. p. 74. und Runde d. PR. §. 394). Daraus würde folgen, daß alle Adelige schriftsässig gewesen, welches doch nicht war und ist. S. Zachariae (a. a. O. §. 7. not. 67.) und Posse (Abh. aus dem Staats- und Privatrecht Heft 2. S. 127.)

2) Andere nehmen an, daß die Amtssassen von den Besatzungen der alten Burgwarten abzuleiten sind; wie

Adelung (p. 48.) wo gegen aber Weisse (a. a. O. not. **) bemerkt, daß dies darum höchst unwahrscheinlich sey, weil die Eintheilung in Schrift- und Amtssässige auch in solchen Ländern vorkomme, wo nie Burgwarten vorhanden waren, auch sich hieraus nicht erklären lasse, warum den Amtleuten, welche nach dieser Hypothese ehedem die Kommandanten der Burgwarten waren, zugleich die Kammergüter der Fürsten unterworfen wurden.

3) Noch Einige nehmen an, als: Leyser, (de Landsassiis itemque Schriftsassiis et Amtsassiis Vit. 1664. auch in Fritsch exercitationes j. pub. P. 2. p. 85.) Struv, (vom Ursprung, Recht, Freiheit und Gerichtsbarkeit der Schriftsassen Jen. 1667.) Bauer, (Diss. de Landsassiis et foro Amtsassiorum Lpz. 1753. in opusc. T. I. p. 385.) Runde, (d. PR. §. 409.) daß die Anomalie, indem kleinere Rittergüter amtssässig, daher entstanden, weil größere Castra öfters eingezogen, und in landesherrliche Aemter verwandelt worden, welche sodann ihre Gerichtsbarkeit auch über die von den Burgen vorhin zu Lehen gehenden kleinern Rittergüter erstreckt hätten.

4) C. G. Biener, (de originibus Schriftsassiorum et Amtsassiorum P. 1. angehängt der Diss. v. Haupt de poena adulterii Lpz. 1797 dann P. 2. (hinzugefügt der Diss. Rodig. Praes. Erhard de jurejurando malitiae Lpz. 1797.) ist der Meinung: daß diejenigen Vasallen, deren Subvasallen dem Regenten gedient, unmittelbar geblieben, diejenigen aber, welche blos ein beneficium besaßen, dem Präfecten und dessen Jurisdiction, nach dem Besitze ihrer Güter, unterworfen gewesen wären. Zachariae (a. a O.) wendet dagegen ein, daß 1) wenn gleich die Adeligen Subvasallen in Sachsen gehabt, sie dennoch nicht schriftsässig gewesen; 2) der Unterschied zwischen Amts- und Schriftsässigkeit sich auch auf die Städte bezogen und hier die Ableitung des Ursprungs aus dem Lehennexus unpassend sey; 3) alle Vasallen, sowohl amts- als schriftsässige, welche unter den Amtshauptleuten gedient hatten; (J. G. Scheuffler Diss. de divisione Sax. elect. in circulos; Vit. 1790. §. 14.)

4) Mehrere amtssässige Güter, welche Afterlehen der adligen Vasallen gewesen, wären jetzt schriftsässig. z. B. Rittergut Oldisleben, Gebesee in Thüringen waren sonst Afterlehne gewesen, und jetzt schriftsässig. (Lauhn Abh. Nachricht von den bei der Herrschaft Beichlingen befindlichen Afterlehnleuten in Zepernick Samml. auserl. Abh. n. 15 p. 249.)

Dritte Unterabtheilung.

Vom Bürgerstande.

§. 91. (M. §. 67.)

Das Wort Pfahlbürger kommt von Pfahl.

Die Pfahlbürger, welche mit den Ausbürgern Aehnlichkeit haben, unterschieden sich von denselben dadurch, daß sie ohne Wissen und wider Willen und zum Nachtheil ihrer bisherigen Herrschaft das Bürgerrecht anderswo zu erlangen suchten. [a]) Das Wort kommt von Pfal, palus, weil diese nicht innerhalb der Stadt, sondern außerhalb, hinter den Pfählen der Stadt wohnten. Riccius, (Spicilegium j. ger. p. 278.) Potgießer, (de statu servorum Lib. I. c. 4 §. 85. 86.) Danz. (Handbuch d. d. PR. B. 4. §. 449.) Andere leiten es von Fall, Zufall, oder von pala, Schaufel, oder von bale, (malum) bale (perniciosum.) bala (malitia) wala (falsitas) her. Olenschläger. (Erläuterung der goldenen Bulle S. 318.)

a) Das Wort wird aber auch zur Bezeichnung der Vorstädter gebraucht. So heißen in Sachsen Pfalbürger die Inhaber eines unvollkommenen Bürgerrechts, welches zum Grundstückenbesitz in den Vorstädten oder gewissen Theilen derselben berechtigt. Hüllmann vom Ursprung der Stände. III. S. 129.

§. 92. (M. §. 68.)

Der Unterschied zwischen höherm und niederm Bürgerrecht ist gemein rechtlich.

Der Begriff des höhern Bürgerstandes beruht darauf, daß vom Amt, Würden, oder andern bestimmten Eigenschaften, eine besondere äußere Achtung (Standes-

ehre) abhängt, welche bei Beurtheilung einzelner Rechtsverhältnisse in Betracht kommt. Es können dahin im Allgemeinen Gelehrte, Künstler, Kaufleute, Apotheker, Fabrikanten, Rathsglieder, landesherrliche Beamten, wenn sie Grundstücke in der Stadt besitzen, und eben deshalb das Bürgerrecht gewonnen haben, gezählt werden.

Der Unterschied ist schon in den allgemeinen Gesetzen gegründet, als im römischen Recht: §. 9. de injuriis L. 7. §. 7. 8. L. 17. §. 3. L. 45. D. de injuriis et famof. in der Reichspolizeiordnung von 1530. Tit. II. bestimmter in Landesgesetzen, auch findet er sich in mehrern ältern Urkunden, wo mit dem Namen Constaffler, im Gegensatz von zünftigen Handwerkern gewisse vornehme Bürger bezeichnet werden. (Hüllmann Stadtwesen 2. 181.) Nach alt cölnischen Urkunden (Clasen Schreinspraxis S. 31.) wird das große Bürgerrecht blos vom vollen Rath ertheilt, das kleine von den Amtleuten des Kirchspiels.

Cod. Maximil. Bav. T. IV. K. 10. §. 4. n. 5. wonach die vornehmern Bürger die Bürgschaften nicht brauchen gerichtlich bestätigen zu lassen. (v. Kreitmeier Anmerk. z. d. §.)

Pr. Landrecht 2. 1. §. 31. wegen Eingehung der Ehe zur linken Hand, die auch denen, die zu dem höhern Bürgerstande gehören, gestattet wird.

In mehrern Wechselordnungen haben die gemeinen Bürger keine Wechselfähigkeit. Churpf. WO. art. IX. Württemb. WO. Cap. 2. § 5. Churmainzische Erläuterung über Schuld- und Wechselbriefe 1741 §. 1. (Scherer Handb. d. WR. Th. 3. S. 364.)

Hiermit stimmen überein: Moser, (v. d. d. Unterthanenrechten §. 462.) Klüber, (öffentl. R. d. deutschen B. §. 265 not. d. der sie Honoratioren nennt) vorzüglich Eichhorn. (Einl. zum d. PR. §. 67.)

Mittermaier (a. a. O.) läßt diesen Unterschied nicht als gemeinrechtlich gelten. *)

*) Im Herzogthum Berg hat Napoleon durch das Gesetz von 31. März 1809 den Unterschied aufgehoben.

§. 93. (M. §. 68.)

Die Bürger sind nicht verbunden, Jagdfrohnen zu leisten.

Die Verbindlichkeit zu Dienstleistungen (Frohnen im uneigentlichen Sinne) entspringt aus dem Staats=Gemeinde=Verbande, kirchlichen und gutsherrlichen Verhältnissen. Daß nun die Bürger verbunden sind, alle die Dienste zu leisten, welche aus dem ersten Verbande und kirchlichen Verhältnissen entspringen, ist unbedenklich. [a])

Zu den Frohnen in dem eigentlichen Sinne sind sie aber nicht verbunden. Wenn daher einige Statuten den Bürgern dennoch diese Verbindlichkeit auferlegen, (wie Siebenkees in Beitr. z. d. Recht. S. 373. von den Bürgern von Gunzenhausen bemerkt: die Jagdfrohnen leisten müssen) so läßt sich solches nur daraus erklären, weil viele kleine Städte aus Dörfern entstanden sind.

Jagdfrohnen, welche sich von der Jagdfolge, die zur Landfolge gehört, wesentlich unterscheiden, haben einen speciellen Grund, (s. §. 242.) entspringen gewöhnlich aus dem gutsherrlichen Verbande, und sind blos von solchen, welche in diesem Verbande stehen, zu leisten, können sonach von städtischen gewerbetreibenden Bürgern nicht gefordert werden.

Hiermit stimmen überein: Eisenhardt (Stadt= und Bürgerrecht S. 208. not. 21.) Danz. (Handbuch Th. 4. S. 358.) Siehe dagegen Crome und Jaup Germanien B. 4. Heft 1. not. 3.

a) s. a. Bair. Edict über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden vom 20. Mai 1818. §. 27.

b) Hüllmann in der Geschichte der Stände. Th. 3. bemerkt, daß in 13ten Jahrh. sich viele Städte davon frei gemacht haben.

§. 94. (M. §. 70. 1.)

Dem Regenten steht das Recht zu, Jemandem das Bürgerrecht, auch ohne Einwilligung des Magistrats zu ertheilen.

Denn 1) ist es keinem Zweifel unterworfen, daß dem Landesherrn das Recht zusteht, Freimeister zu ernennen. (Kulemkampf Recht der Handwerker S. 377.)

Musäus. (Von dem Rechte Freimeister zu ernennen. §. 3.) Sonach ist ihm auch dieses zuständig, wenn nicht die Landesverfassung oder Statuten das Gegentheil bestimmen;

2) steht die oberste Kuratel über alle Gemeinden, sonach auch über die städtischen dem Staate zu, dessen Repräsentant der Landesherr ist, der sonach bei Ausübung dieses Rechts auf das Wohl der Stadt und der einzelnen Bürger Rücksicht nehmen wird.

Anmerk. Die Aufnahme eines Bürgers ist nicht res merae facultatis von Seiten der Obrigkeit. Struben rechtl. Bedenk. III. n. v. Dagegen Klock T. I. cons. 29. n. 109.

§. 95a. (M. §. 158. not. 10.)

Die Parömie: keine Henne fliegt über die Mauer, ist darauf zu beziehen, daß ein Leibeigner nicht Bürger einer Stadt werden konnte.

Die gewöhnliche Meinung und Erklärung dieser Parömie geht dahin, daß unter Henne ein Leibeigner zu verstehen sey, sonach solche anzeige, daß der Leibeigne nicht zum Bürgerrechte eher gelangen könne, als bis er nachgewiesen, daß er der Leibeigenschaft entlassen sey. Dies nehmen an: Lehmann, (Speierische Chronik Lib. II. c. 2.) v. Selchow, (Elem. jur. germ. §. 192) Eisenhardt, (Gr. d. d. R. in Sprüchwörtern Abh. 2. n. V. §. 2.) Runde (d. PR. §. 447.)

Dagegen wird von Andern behauptet, daß diese Parömie dahin zu erklären sey, daß wenn ein Leibeigner in der Stadt aufgenommen, dem auswärtigen Heere kein Leibhuhn zu entrichten habe. Bodman (rheingauisch. Alterthümer. S. 384. 385.) Grimm (Rechtsalterthüm. S. 376.)

Daß wohl jene Erklärung in frühern Zeiten die richtige gewesen, ist darum nicht zu bezweifeln, weil in vielen Stadtgesetzen die Aufnahme der Wachszinsigen, Cerocensualen, verboten war, worunter doch Leibeigne verstanden werden, und weil die Aufnahme eines wirklichen Leibeignen immer zu Streitigkeiten der Stadt mit dem

Leibherrn veranlaßte; auch ist jene Erklärung sehr gezwungen.

§. 95b. (M. §. 70. not. 11.)
Es giebt kein erbliches Bürgerrecht.

1) Das römische Recht, welches zum Theil in L. 6. D. ad municipal. und L. 7. C. de incolis dies bestimmt, kann darum nicht angewandt werden, weil die römische von der deutschen Staatsverfassung sehr verschieden ist, die doch einen wesentlichen Einfluß hierauf hat.

Wenn auch gleich in einigen Statuten und Landesgesetzen diese Bestimmung aufgenommen ist, als im Braunschweigischen P. 1. art. 21. (Leibnitz. Pars III. rer. bruns. p. 438.) dann in der Badner Grundverfassung §. 11. Hessischen G. B. §. 41. so wird dadurch noch kein gemeines Recht begründet.

2) Sieht man auf die ältern deutschen Rechte, so wird zwar den Bürgerkindern ein Rechtstitel zur Erlangung des Bürgerrechts gestattet, nicht aber dasselbe durch die Geburt erworben.

3) Bürger im eigentlichen Sinne ist blos der, welcher in die Bürgermatrikel eingetragen ist; senach erlangt ein Bürgerkind erst auf diese Art das Bürgerrecht, ob es gleich einen Titel zum Erwerb desselben hat. Der einzige Vorzug, der einem Bürgerkinde vor Andern zukommen kann, ist der, daß es von den gewöhnlichen Abgaben bei der Aufnahme entweder ganz oder zum Theil befreit ist. Den Bürgereid muß es eben so gut wie ein Anderer leisten.

4) Ist es nicht ganz richtig, wenn behauptet wird, daß denselben die Aufnahme nicht verweigert werden könnte: es kann dies geschehen, wenn sie nicht die gehörigen Eigenschaften besitzen.

Wäre die entgegengesetzte Meinung gegründet, so würde die Beantwortung der Frage: ob das Kind, welches zu der Zeit, da der Vater nach nicht Bürger war, geboren wurde, auf das Vorrecht Ansprüche zu machen befugt sey, von Wichtigkeit seyn.

Hiermit stimmen überein: Hillebrand, (de jure civium origin. C. II. §. 12.) Riccius, (Spicileg. jur. germ. p. 267.) Eisenhardt. (Stadt= und Bürgerrecht S. 187.)

§. 96. (M. §. 70. not. 11.)

Die Adoptiv= und unehelichen Kinder eines Bürgers haben nicht die Rechte der Bürgerkinder.

1) Die Adoptiv=Kinder haben zwar im Allgemeinen die nämlichen Rechte wie die übrigen Kinder, (L. 7. 13. D. de adoptione L. 15. fin. 17. D. ad municip.) allein den Vorzug der Bürgerkinder können sie darum nicht in Anspruch nehmen, weil dieser durch das Geblütsrecht begründet wird. Hommel, (Raps. obs. 661. Ebend. de adquirendo vel amittendo jure civitat. hamb. Lpz. 1777.) Eisenhardt, (Stadt= und Bürgerrecht §. 132.) Danz. (Handbuch d. d. PR. S. 376. —) Das Gegentheil behauptet Fischer. (Lehrbegriff des Kameral= und Polizeirechts B. 1. §. 1000.)

2) Uneheliche Kinder haben darum diese Vorrechte nicht, weil sie die Rechte, welche mit dem Stande des Vaters verbunden sind, nicht erhalten. Knipschild. (Pr. de juribus et privil. civ. imp. P. II. c. 29. n. 120.) S. a. Nordlinger Statuten P. II. tit. 1. §. 4. Schott (Samml. z. d. d. und StR. Th. 1. S. 210.) Das Gegentheil nimmt an: Fischer. (a. a. O. §. 1000.)

Die, welche durch die nachfolgende Ehe legitimirt sind, genießen aber die nämlichen Vorrechte: Eisenhardt, (Diss. de legitimat. liber. illeg. praecipue sec. jus. germ. §. 15.) Danz. (Handbuch Th. 4. S. 373.) Den Findelkindern kann dieses Vorrecht nicht gestattet werden, weil nicht im Allgemeinen anzunehmen ist, daß ein in der Stadt aufgefundenes, ein Bürgerkind ist, auch der Umstand, daß der Vater das Bürgerrecht gehabt, factisch und sonach zu erweisen ist. Eisenhardt (Stadt= und Bürgerrecht S. 196.) Fischer (a. a. O.) nimmt das Gegentheil an und beruft sich auf die Auctorität. Leyser Spec. 513. med. 9. Daß diese Kinder bei Auf=

nahme in ein Handwerk keinen Anstand zu befürchten haben, behaupten v. Kreitmeier in Anmerk. z. Landrecht Th. 1. K. 3. n. 7. S. 129. Struv jurispr. opific. T. 2. L. 2. c. 5. §. 11.

Vierte Unterabtheilung.

Von den Verhältnissen der Unfreiheit.

§. 97. (M. §. 73. n. 3. not. 14.)

Pflegschaften und Landsassen sind mit den Biergelden gleich, welches Wort von Bier und gelten (ein hölzernes Gefäß) herkommt

Unter Pfegschaften werden diejenigen verstanden, welche im Lande eingesessen, sich aber dem Schutze eines Andern bei Bildung der Kriegsverfassung unterworfen und deshalb zu gewissen Leistungen verpflichtet hatten. Sachsenspiegel 1. 2. und Glosse dazu. Horneyer (Register zu der Ausgabe des sächsischen Landrechts S. 231.) Gaupp (Schl. Landrecht S. 141.) Biergelten heißen nun im Sachsenspigel (III. 45.) Pflegschaften, auch Landsassen (Glosse zum sächs. Landrecht 1. 2. sächs. Distinctionen bei Pöhlmann B. 1. art. 4. D. 4. Horneyer a. a. O. S. 189.)

Das Wort Biergelden ist von Bier und gelten abzuleiten, und darunter geborne Zinsleute zu verstehen. Denn

1) können sie nicht zu den Vollfreien gezählt werden, wie sich aus den Urkunden und Gesetzen ergiebt. In der Urkunde von 1090 heißt es:

Insuper fuerunt ibi omnes biergelden de illo placito ubi haec facta sunt, et Suverc fuit ibi cum omnibus biergelden de Stidusim et Afger et Henric cum omnibus biergelden, qui in comitatu eorum manent. (Moser osnabr. Geschichte II. Dec. 39. S. 367. 268.)

Hier werden sie von den servientibus unterschieden. In der Urkunde von 1096 heißt es:

nobiles, liberi et omnes biergeldi ad praedict. placitum pertinentes (Moser a. a. O. XXII.)

Hier werden sie von den Freien unterschieden.

Im Sachsenspiegel 3. 45. 64. 73. 80. werden die Biergelden (die hochdeutsche Ausgabe hat unrichtig Bauergelte, die lateinische paganus) von den Schöffenfreien unterschieden, und auch hiernach die Buße bestimmt, welche bei den erstern 15, bei den letztern aber 30 Schilling beträgt, das Wehrgeld 10 bei jenen, bei diesen 15 Schlng.

2) Das Wort kann nicht von bar abgeleitet werden, was gar nicht zu Bier paßt. In den Urkunden heißt es immer bergelden, auch was nicht zu übersehen ist, daß der Maler des Sachsenspiegels den Begriff durch ein Bierfaß versinnlicht, und diesem doch zu seiner Zeit der Sinn des Worts klar gewesen seyn muß.

3) Das Wort Biergelt steht nicht mit bargello im genauen Zusammenhange, letzteres kommt öfters in den Urkunden des 13ten Jahrhunderts vor.

Im Sachsenspiegel (Bd. III. 45.) heißt es zwar: under den Biergelden und Pflegschaften mufs man
wol kiesen einen vronen boten ob man ez bedarf, der min den di Kube eigenes habe.

Allein daraus folgt nicht, weil man aus diesen Leuten Frohnboten wählte, daß die ganze Klasse mit diesem Namen belegt worden sey.

4) Das Bier wurde dem Guts- oder Oberherrn, nicht dem Richter entrichtet. Denn wenn sich gleich findet, daß Gerichtsgebühren in Norddeutschland in Bier angeschlagen wurden. (Vgl. Hadeler Landrecht bei Pufendorf in opp. 1. 8. 50., und die denarii cerevisiales in einer Urkunde von 1264: du Change 4. 375.), so war dies doch nicht allgemein, auch wurden Knechte und Zinspflichtige öfters zu Bierabgaben genöthigt. Lex Alem. 22. servi ecclesiae tributa sua legitime reddant, quindecim seclas de cerevisia. In einer bayer. Urkunde von 815 (Meichelb. n. 336) heißt es:

ipsique Huezzi censum redditurum wadiavit in manus Hittonis episcopi, hos est, omni annno carada de cerevisia.

Hieraus ergiebt sich, daß die Biergelden Gerichtseingesessene waren, welche für den Schutz, den sie genossen, Bier entrichteten, so wie die Wachszinsigen, welche Wachs an die Kirche, deren Schutz sie genossen, entrichteten.

Hiermit stimmen überein Gärtner (Ausgabe des Sachsenspiegels III. 45.) Eichhorn (Reichs- u. Rechtsgeschichte §. 345. not. e.) Grimm (Rechtsalterthümer S. 313.) Mittermaier (a. a. O.)

Das Gegentheil nehmen an: Wiarda (in Willkühren der Brockmanner S. 62) der darunter eine Abgabe an die Richter versteht. Andere leiten es ab von bar d. i. frei, und gildi d. i. gelden, sonach sey es ein einzelnes Mitglied einer Genossenschaft, ähnlich dem angelsächsischen Friborgus [a]), oder fränkischen Rachinburger [b]) und stehe mit dem italienischen Wort bargello im Zusammenhange. Es konnten darunter die franci homines, Vollfreie verstanden werden; dies beweisen mehrere Urkunden, wo es heißt: liberi homines qui vulgo bargeldi vocantur, auch im Edicto Pistense v. J. 854. c. 32., (bei Walter corp. jur. germ. T. III. p. 152) heiße es: et ipse sic mallum suum teneat, ut Barigeldi ejus et advocati, qui in aliis comitatibus rationes habent, ad summ mallum accurre possint; s Möser (osnabrück. Geschichte. Vorrede Th. III. S. 21.) Gaupp (schles. Landrecht S. 41.

a) v. Savigny Geschichte d. röm. R. im Mittelalter. Th. 1. S. 189.

b) v. Savigny a. a. O. pag. 184.

Anmerk. Armer Mann ist gleichbeutend mit Arman, Ariman. In einer Urkunde von 1406 (bei Scherz Gloss. p. 60) wird zuerst Wolfelin, Armann genannt, und nachher heißt es den armen Mann weder in ir Gericht zu entwurtende. — v. Savigny a. a. O. Th. 2. S. xxi. Von Verbesserungen.

§. 98. (M. §. 74. not. vii.)

Wenn ein Fremder einen Sclaven mitbringt und sich in Deutschland niederläßt, so erlangt letzterer die Freiheit, oder tritt in das Verhältniß eines Leibeignen, wenn an dem Orte der Niederlassung annoch die Leibeigenschaft vorhanden ist.

1) Daß ein von auswärts mitgebrachter Sclave, sobald sich sein Herr in Deutschland wohnhaft niederläßt, die

die Freiheit von der Sclaverei erhält, ist darum unbedenklich, weil die Sclaverei gegen das Naturrecht anstößt, und niemals in Deutschland vorhanden gewesen, auch das römische Recht in dieser Lehre nicht anwendbar ist. Hiermit stimmen überein: Huber, (im jure civit. L. 2. sect. 1. c. 6. 29.) Voet. (Com. ad P. Tit. 5. §. 3. p. 39.) Auch die französischen Gesetze, (Declaration du Roi pour la police des Noires v. 9ten Aug. 1777.) die englischen enthalten diese Bestimmung (s. Richart Abh. über den gesetzlichen Zustand der Negersclaven als ein Auszug aus Petit sur le gouvernement des esclaves Lpz. 1779. S. 68. 69.) auch die holländischen. (Groenewegen de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia ad Tit. de jure person. p. 5.) Pr. LandR. Th. 2. tit. 5. §. 197, der Fremde, der sich blos eine Zeit lang aufhält, behält seine Rechte über die mitgebrachten Sclaven. §. 198. Das Gegentheil nimmt an Gundling, (jus naturae c. XXI. XXIII.) v. Carmer, (in dem Berichte des Pr. Kammergerichts an das Justizministerium v. 16ten Juni 1780 in Hymmens Beitr. Th. 6. n. 4.) und zwar aus dem Grunde, weil nach dem Naturrechte die Sclaverei erlaubt sey, sich auf Grotius, (de jure bell. et pac. Lib. 2. c. 5. §. 27.) Pufendorf, (jus naturae L. 6. c. 3. 4. 5.) Hobbes (de cive c. 8.) berufend: denn weil hierüber vaterländische Gesetze ermangeln, das römische Recht zur Entscheidung komme, und nach dem jure eccl. protestantium der Herr nicht verbunden sey, seinen Sclaven, auch dann, wenn er Christ worden sey, zu manumittiren. (Böhmer jus eccl. Protest. L. 3. tit. 23. §. 73. p. 298.)

2) Wenn die Leibeigenschaft annoch vorhanden, (wie in mehrern Theilen des Königr. Hannover und der Oberlausitz) so wird der mitgebrachte Sclave in dem Falle, wenn sich der Herr daselbst niederläßt, in das Verhältniß eines Leibeigenen gesetzt, wenn dingliche Leibeigenschaft vorhanden ist; ist aber die Leibeigenschaft aufgehoben, so wird der ehemalige Sclave ganz frei, und zwar ohne weitere Entschädigung. a)

Hiermit stimmen überein: Kind, (quaest. for. T. II. p. 385.) Wagner, (Zeitschrift f. d. öster. Rechtsgelehr. B. 1. Heft 1. S. 6.) Bielitz. (Comment. z. pr. LR. Th. VI. S. 90.) Das Pr. LR. bestimmt, daß der gewesene Sclave seinem Herrn so lange ohne Lohn dienen müsse, bis er denselben dadurch für die auf seinen Ankauf etwa verwendeten Kosten entschädigt hat. §. 202. Auch kann der Herr den gewesenen Sclaven einem Landgute als Leibeigen zuschlagen. §. 227. Egger (Bemerkungen zur Verbesserung d. d. Gesetzgebung Th. 1. Koppenhagen 1798. S. 110.) ist der Meinung, daß der Sclave für seine Person frei wird, und blos zu gutsherrlichen gemessenen Diensten verpflichtet werden könne, weil die Leibeigenschaft überhaupt ein Unwesen sey, das weder präsumirt, noch auf irgend eine Art begünstigt werden dürfe.

a) Der Beschluß der Bundesversammlung v. 23. Jun. 1817 wegen Nachsteuer und Abzugsgeld, läßt sich im Betreff dessen, was von Manumissionsgeldern bestimmt ist, analogisch anwenden.

§. 99. (M. §. 76. not. 3.)

Durch Verjährung kann die Leibeigenschaft begründet werden.

1) Ein Leibeigner ist mit einem römischen Grundhörigen zu vergleichen. Dieser verlor aber seine Freiheit, nach einer Verord. des Anastasius, wenn er 30. Jahre lang als Grundhöriger gelebt hatte. (L. 18. C. de agricolis)

2) Nach den Gesetzen der Alliemanen (tit. XVIII. 5.) war eine dreijährige Verjährung hinreichend, so wie auch nach den baierischen Gesetzen. (Decret. Tassil. Duc. bajuv. §. 12.) Die longobardischen Gesetze lassen überhaupt im Allgemeinen eine dreißigjährige Verjährung der Freiheit zu. (Lex. I. Grimaldi.)

3) Die neuern deutschen Gesetze stimmen hiermit überein. In der Münsterschen Eigenthumsord. 1. 2. §. 12. ist eine 30. jährige Verjährung angenommen, in Codex Max. bav. Th. 1. K. 8. §. 6. entsteht die Leibeigenschaft, ohne Titel in 30. J., mit Titel

in 5. J. unter Gegenwärtigen und 10. J. unter Abwesenden.

Hiermit stimmen überein: Mevius, (Bedenken von dem Zustande der Bauersleute; Strasb. 1656. S. 29.) Runde, (d. PR. §. 543) Eichhorn. (Einl. z. d. PR. §. 78.) Das Gegentheil nehmen an: Unterholzner (Verjährungslehre B. II. S. 393. S. 290.) und Mittermaier. (a. a. O.)

§. 100. (M. §. 77. not. g.)

Daß der Leibherr den Sterbefall kraft eines Eigenthumsrechts von den Vermögen des Leibeignen zu fordern befugt, ist nur dann gegründet, wenn das Besthaupt in bestimmten Objecten besteht.

1) Ist das Recht, den Sterbefall zu fordern, auf bestimmte Substanzen radicirt: z. B. auf das beste Vieh, auf die Hälfte der Fahrniß, so steht dem Leibherrn ein Eigenthumsrecht an gedachten Stücken zu, und sonach bei Ausbruch des Concurses das Absonderungsrecht, und braucht sich nicht in denselben einzulassen.

2) Wenn dagegen das Mortuarium in gewissen Procenten von dem Vermögen besteht, so kommt ihm kein dingliches Recht zu, und folglich auch nicht ein Vorzugsrecht im Concurs. Denn wenn gleich in frühern Zeiten alles, was der Leibeigne erwarb, als ein Peculium angesehn wurde, das ihm der Herr zur Führung der Wirthschaft und zum Unterhalt überließ, nach seinem Tode aber ganz oder zum Theil zurücknahm, so hat sich jedoch dies in neuern Zeiten geändert, und der Gutsherr ist nicht berechtigt, aus diesem Grunde den Sterbefall als Eigenthum in Anspruch zu nehmen.

Hiermit stimmen überein: D. G. Struben, (de mortuarii onere reali; in observ. jur. et hist. germ. n. VIII. p. 262.) Bodmann, (vom Besthaupt nach gemeinen deutschen und besonders mainzischen Rechten und Herkommen. Mainz 1794. S. 264.) Runde, (Gr. d. d. PR. §. 550.) Danz, (Handbuch d. d. PR. Th. 6. §. 550.) Eichhorn, (Einl. §. 71. S. 211.)

Mittermaier. (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Weishaar: würtemb. Privatrecht Th. I. S. 59.

§. 101. (M. §. 79.)

Die Leibeigenschaft ist kein Grund der Zeugschaftsunfähigkeit.

1) Da der Leibeigne Mitglied des Staats ist, so ist er auch überhaupt nicht zeugschaftsunfähig

2) Daß er unfähig seyn soll, Solennitätszeuge, ins Besondere kein Testamentszeuge zu seyn, ist zwar in der Notariatsordnung v. 1506. tit. Testamenten bestimmt, allein diese ist unanwendbar. Denn offenbar setzte der Gesetzgeber, nach Vorschrift des römischen Rechts (§. 6. J. qui testamenta facere poss. L. 20. §. 7. D. eod.) voraus, daß der Leibeigne weder testamenti factionem activam noch passivam habe. Denn in §. 6. d. a. Notariatsordnung wird ausdrücklich gesagt, daß alle diejenigen, so selbst nicht mögen Testamente machen, oder aus Testamenten etwas erwerben, nicht sollen Testamentszeugen seyn. Da es nun mit den Leibeigenen eine ganz andere Beschaffenheit hat, indem denselben die testamenti factio passiva überhaupt, die testamenti factio activa aber unter gewissen Modificationen zusteht, so läßt sich aus erheblichen Gründen nicht bezweifeln, daß die Leibeigenen, eben so wie persönlich Freie, gültige Testamentszeugen seyn können, wofür auch der Gerichtsgebrauch spricht.

Hiermit stimmen überein: Cramer (wetzl. Nebenstunden Th. II. S. 21.) Runde (deutsch. PR. §. 555.) Danz (Handb. des deutsch. PR. Th. 6. §. 552.) Mittermaier (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Stryck (Usus modern. Pand. Lib. 28. tit. I. §. 17.) Potgießer (com. de statu servorum vetere perinde ac novo. Lemgov. 1736. Lib. III. c. 3. §. 4. p. 613.)

§. 102. (M. §. 81.)

Der Landesherr kann durch Gesetz die Erbunterthänigkeit aufheben, nicht aber die Unterthänigkeit.

Daß der Landesherr befugt ist, die Erbunterthänigkeit (die Verbindlichkeit des Bauern zu Diensten und

Abgaben, welche auf seiner Person haften und auf seine Kinder übergehen) aufzuheben, ist darum unbedenklich, weil a) die Erbunterthänigkeit dem Staate nachtheilig ist: 1) indem sie die persönliche Freiheit vieler Bürger auf eine Art einschränkt, welche sie hindert, für ihre Person so nützliche Bürger zu werden, als sie es sonst werden könnten, dadurch eben dem Staate auf der einen Seite ein Theil seiner wirklichen Kräfte genommen, auf der andern die Bauern minder glücklich werden, als sie es werden könnten, und folglich die Aufhebung zu fordern berechtigt sind. Ferner 2) dadurch die Kräfte des Staats mittelbar geschwächt werden, indem die Erfahrung gelehrt hat, daß die Felder freier Leute weit besser bestellt sind, als die Ländereien der Unfreien, b) weil sie auf keinem rechtlichen Fundamente beruht: denn wenn sich gleich Jemand für sich zur Beschränkung seiner persönlichen Befugnisse verpflichten kann, (nicht zur Hingabe seiner Persönlichkeit, wie bei der Sclaverei) so ist er doch nicht berechtigt, diese Verbindlichkeiten auf seine Nachkommen fortpflanzen.

2) Ganz anders verhält es sich mit der **Unterthänigkeit**, vermöge welcher der Bauer verbunden ist, für die Ueberlassung eine Grundstücks bestimmte und unbestimmte Dienste verschiedener Art zu leisten. Die Erbunterthänigen gehören mit zum Gute, und erhöhen den Werth desselben. Es würde daher ein Eingriff in wohlerworbene Eigenthumsrechte seyn, wenn der Landesherr die Aufhebung der Unterthänigkeit befehlen wollte, indem diese, wenn sie auf Vertrag begründet ist, nichts rechtswidriges enthält. Den Kindern, wenn sie erwachsen sind, steht die Wahl frei: ob sie die Höfe ihrer Aeltern oder andere Höfe annehmen wollen. Indirect kann die Aufhebung durch zweckmäßige Einrichtungen erfolgen: z. B. indem die Kinder zum Schulbesuch angehalten werden, sich dadurch nützliche Kenntnisse erwerben, und auf diese Art in der Folge als Handwerker und Künstler ihr Brodt erwerben können: durch die Bestimmung, daß der, welcher in dem Militairdienste die Stelle eines Unteroffizier erhalten, die Freiheit erhalten soll u. s. w.

Joseph II., der durch die Verordn. vom 20sten Dec. 1782 die Leibeigenschaft aufhob, hat einen Fehler gegen die gesetzgebende Klugheit begangen; er fühlte die Kränkung der Rechte der Menschheit zu lebhaft, und kränkte darüber selbst ein vollkommnes Recht seiner Unterthanen.

Die verschiedenen Meinungen hierüber enthalten die Abhandl.: freie Gedanken über die Aufhebung der Leibeigenschaft von einem Hollsteiner. Kiel 1796. Gemälde der Sclaverei und Leibeigenschaft in den Herzogthümern Hollstein und Schleswig. 1797. Danz (Handbuch d. deutsch. PR. §. 553.) Vorzüglich Egger (Bemerkungen über die Gesetzgebung. Th. I. §. 144. S. 126 u. f. f.)

Fünfte Unterabtheilung.

Von den Bauern.

§. 103. (M. §. 85 a.)

Die Ausbildung des Hofrechts erfolgte erst im Mittelalter.

Daß das Hofsystem nicht aus einer frühern Verbindung und aus einer Art von Schutzverbande der freien Hofbesitzer abzuleiten, sondern erst im Mittelalter entstand, geht deutlich hervor:

1) aus dem Capitulare IV. a. 819. C. 4., wo es heißt: si quis terram censalem habuerit, quam antecessores sui vel ad aliquam ecclesiam vel ad villam nostram dederunt, nullatenus eam secundum legem tenere potest: nisi ille voluerit ad cujus potestatem vel illa ecclesia vel illa villa pertinet: nisi forte filius aut nepos ejus sit, qui eam tradidit, et ei eadem terra ad tenendum placitata sit.

Der Sinn ist der: wenn das Eigenthum eines Hofes auf den König oder die Kirche übertragen worden, der Besitz desselben aber gegen einen Zins dem vormaligen Eigenthümer wieder überlassen und so auf einen seiner Descendenten gekommen ist, so kann dieser das Gut nicht nach Völkerrecht erblich ansprechen, sondern nur aus Gnade des Herrn.

Nur dann war eine Ausnahme vorhanden, wenn durch ein besonderes Geding der erbliche Uebergang vorbehalten war: doch erstreckte sich dieses Recht blos bis zur zweiten Generation.

2) Viele Urkunden kommen vor, in welchen der Uebertragende sich vorbehält, daß ihm das Gut auf seine Lebzeit wieder zum Nutzen und Gebrauch eingeräumt werde, (usufructuario nomine possidendum) Ein solches Geding hieß Precariy (precaria), welches oft auf die Descendenten des ersten und zweiten Grades erstreckt wurde, sogar auch auf bestimmte Seitenverwandte des Uebertragenden. Der Besitz des Precariums, so weit es als erblich angesprochen werden konnte, stand unter dem Schutze des Volksrechts, wie man aus jenem Capitulare und aus der Form des Geschäfts ersieht, welches wie die Uebergabe selbst im echten Ding vorgenommen wurde.

3) So lange noch kein Hof- und Lehnrecht und kein Gericht für dieses gebildet, gab es nach dem germanischen Rechte keine Form für eine Uebertragung und Zurückgabe unter solchen Bedingungen.

Hieraus ergiebt sich, daß nicht nur das echte Eigenthum bei den Uebergaben, von welchen hier die Rede ist, auf einen Herrn übertragen wurde, sondern daß auch zu Anfang des 9ten Jahrhunderts noch kein besonderes Recht für den Besitz gebildet war, der einem Freien an einen abhängigen mansus ingenuilis eingeräumt wurde: oder daß es noch kein Hofrecht (im Gegensatz vom Volksrecht) gab, durch welches ein erblicher Besitz an Grundstücken nach Art des echten Eigenthums, aber mit Rechten, welche von diesem verschieden waren, eingeführt war.

Dieser Meinung sind Eichhorn (Abhandl. über den Ursprung der städtischen Verfassung in Deutschland, in der Zeitschrift Bd. 1. Heft 2. S. 163 u. s. f.) Grimm (Rechtsalterthümer S. 562.)

Das Gegentheil nimmt an: Schilter (de curiis dominicalibus in Codex jur. Alem. feud ed. II. p. 577.) Kinderling (in der Geschichte der Hörigkeit S. 9.) Sie stützen sich auf zwei Urkunden, nämlich auf die Carol. m.

dipl. a 812 (für das Kloster Neustadt bei Würzburg) und Ludovici dipl. a. 814 (für die Abtei Ebersmünster in Elsaß, in Grandidier hist. de l'eglise de Strasb. II. P. CXVI.) In beiden Urkunden wird das Hofrecht sowohl für freie als für unfreie Leute bis in die Zeiten Carl d. G. und Ludwig d. Fr. hinaufgesetzt.

Allein beide tragen viele Kennzeichen der Unechtheit, so daß man sich nicht einmal auf jenes Capitular (n. 1.) zu berufen braucht, um sie verdächtig zu machen; (s. Eckart Com. de reb. franc. orient. T. I. p. 708 und Schöpflin aes. illustr. T. I. p. 756)

§. 104. (M. §. 85b. u. §. 89.)

Es ist eine unrichtige Hypothese: daß die Bauern von jeher unfrei waren.

1) Von den frühern Zeiten an war zwischen Unfreien und Freigelassenen und Hörigen ein wichtiger Unterschied.

Tacitus de morib. germ. c. 25 sagt: ceteris servis frumenti modum dominus aut pecoris vel vestis ut colono conjungit. Er unterscheidet daher genau Sclaven von den Colonen.

Cap 26. Agri pro numero cultorum ab universis provices occuparentur. Unter cultores können wohl nur Freie verstanden werden, welche Ackerbau treiben.

2) Daß der Ackerbau blos von Unfreien in den frühern Zeiten betrieben wurde, ist unrichtig. Zum Beweise des Gegentheils werden angeführt: die Lex bajuw. VI, c. 2. §. 1 wo es heißt: si quis die dominica operam servilem fecerit, liber homo, id est, si boves junxerit, et cum carro ambulaverit, dextrum bonum perdat. Dann

Capitulare Carol. mag. 79. Statuimus quoque secundum quod et in lege dominus praecepit, ut opera servilia diebus dominicis non agantur, sicut et bonae memoriae genitor meus in suis synodalibus edictis mandavit, quod nec viri ruralia opera exer-

ceant, id est, nec in vinea colenda, nec in campis arando, nec in metendo, nec in hoste laborent, nec ad placita conveniant, nec venationes exerceant.

Allein diese Gesetze enthalten blos das Verbot, daß an Sonn- und Festtagen sich Niemand mit den gewöhnlichen Geschäften und Arbeiten abgeben soll: man ersieht deutlich aus dem Kapitulare, daß sich solches auch auf die Freien erstreckt: nec ad placita conveniant, nec venationes exerceant.

3) Dadurch, daß sich ein Freigeborner zu gewissen Dienstleistungen verpflichtete, entstand noch keine Unfreiheit. In der Lex bajuw. Tit. 6 c. 3. §. 1. heißt es: sed liberi, qui justis legibus deserviunt, sine impedimento hereditates suas possideant. Quamvis pauper sit, tamen libertatem suam non amittat.

4) Ueberhaupt ist es geschichtlich gewiß, daß die größere Zahl der Landbewohner in frühern Zeiten frei gewesen sei; [a]) sonach ist, da man auf den Ursprung eines Rechtsinstituts in zweifelhaften Fällen Rücksicht zu nehmen hat, die Vermuthung für die Freiheit.

a) Normann rügian. Landgebrauch (1529 abgefaßt) Tit. 106 wo es heißt: it es war, dat de Buhr in Rügen so fry ifs, dat he sinen Hof Erve oder Katten mach verkopen.

Hiermit stimmen überein: Hauschild, (opusc. hist. — jurid. de praesumtione pro libertate naturali in causis rusticorum Lpz. 1738. Ebend. Beischriften von Bauern und Frohnen. Dresd. 1744.) Bunemann, (Adsertio de rusticorum libertate et operis contra Reineccium Hal. 1750.) Senckenberg, (de conditione servor. §. XII. p. 14.) Schrödter, (Diss. de notione rust. germ. Goett. 1743. §. 6. 7.) Göbel, (de jure et judicio rusticorum fori. germ. c. 1. §. 7.) Riccius (spic. j. germ. p. 135.) de Hagen Praes. Nettelbladt, (de rusticorum juribus et obligat. singul. falso vel merito susceptis Hal. 1787. §. 19.) Runde, (Gr. d. d. PR. §. 484.) Seifried, (Geschichte der ständischen Gerichtsbarkeit Th. II. S. 226.)

Weichsel. (rechtshist. Untersuchungen der gutsherrl. bäuerisch. Verhältnisse Bremen 1822. S. 7 — 229.)

Das Gegentheil haben angenommen: Estor, (de praesumtione contra rusticos in causis operarum harumque redemtione in Grollman Diss. triga de operar. debitorum ratione. Giess. 1734.) Reineccius, (com. de rustico quondam servo. Jen. 1745.) Engau, (Elem. jur. germ. §. 56.) Schröter, (in den gel. Erlanger Anzeigen v. 1752. n. 45. 46.) Meyer, (Geschichte des Faustrechts S. 32.) Hüllman. (von Naturaldiensten S. 6.)

§. 105. (M. §. 86 a.)

Die Behauptung von einem unfreien Zustande der slavischen Völker ist unrichtig.

Daß die Wenden, ehe sie von den Deutschen unterjocht wurden, sich in einem unfreien Zustande befunden haben, ist eine falsche Hypothese: daß aber nachher ihr Zustand härter als der der übrigen Leibeigenen wurde, ist daraus erklärbar, weil den Getreuen (fideles) der große Theil der eroberten Länder zufiel, und diejenigen Wenden, welche ansehnliche Güter besaßen, (ganze Herrschaften, die deutschen Dynastien an die Seite gesetzt werden können), thaten ein gleiches, und behandelten ihre Bauern wie Servi, daher auch der Volksname Slave die niedrigste Knechtschaft bezeichnete.

Dieser Meinung sind: Fleck (de origine et indole hominum propriorum inprimis in utraque Lusatia. Lpz. 1792.) Weise (Geschichte Sachsens. 1. S. 20.) Eichhorn (in der Abhandl. Zeitschrift 1. S. 159), u. Mittermaier (a. a. O.)

Das Gegentheil nimmt an: Haltaus (glossar. p. 2140.)

§. 106. (M. §. 88.)

Dem Gutsherrn steht das Auspfändungsrecht im Allgemeinen zu.

1) Das Auspfändungsrecht, welches dem Gutsherrn wegen der rückständigen Zinsen der Gutsunterthanen zu=

steht, ist in den mittlern deutschen Gesetzen gegründet. Sachsenspiegel B. 1. 54. Schwabenspiegel c. 335.

2) Es steht dem Gutsherrn auch alsdann zu, wenn er keine Patrimonial=Gerichtsbarkeit besitzt, weil es als ein in der Grundherrlichkeit enthaltenes Recht anzusehen ist. (baier. V. Urk. Beil. VI. §. 118.) Außerdem wird auch, abgesehen von der Gerichtsbarkeit, das Pfändungsrecht allen Gutsherrn über ihre Grundholden — wieder gestattet. — Hannöverisches Gesetz von 28sten März 1821. über die Verbesserung der Patrimonial = Gerichtsbarkeit. §. 13. Gesetzsamml. 1821. S. 71.)

3) Da es dem Gutsherrn nach allgemeinen Rechten zusteht und es ein in der Gutsherrlichkeit begründetes Recht ist, so braucht der Gutsherr die Befugniß nicht durch ein particulair Recht zu erweisen.

Hiermit stimmen überein: Hagemann (Landwirthschaftsrecht §. 222. S. 403.) Albrecht (von der Gever S. 21. 74. 159.) Mittermaier (a. a. O.)

Das Gegentheil, nehmlich daß es nicht gemeinrechtlich sey, behaupten: Heinecke (Principia jur. colonarii reipbl. Bremens. Goett. 1800. §. 59.) Eichhorn (Einleitung zu d. P. R. §. 264. S. 680.)

§. 107. (M. §. 91.)

Den Bauern stehen im Allgemeinen keine besonderen Vorrechte zu.

Die von mehrern Rechtsgelehrten den Bauern gestatteten Vorrechte, welche theils aus dem römischen Rechte hergeleitet sind, theils auf ganz unrichtigen Voraussetzungen beruhen, sind meistentheils antiquarisch. Dahin gehört:

1) das beneficium ignorantiae juris. Wenn gleich das römische Recht (L. ult. D. de edendo) solches dem Landbewohner gestattet, so kann doch den Bauern solches darum nicht zustehen, weil ein jeder Unterthan verbunden ist, sich mit den Gesetzen bekannt zu machen, denen er unterworfen ist.

Hiermit stimmen überein: Homel (Observationes. obs. 477.) Hagemann (Landwirthschaftsrecht S. 113.) Mühlenbruch (Archiv f. civil. Praxis B. 11. S. 448.) Mittermaier (a. a. O.)

Das Gegentheil nimmt an: Struben (rechtl. Bedenken B. 1. n. 49. 169.) Gabken (Gr. des Dorf = und Bauernrechts Halle 1780. S. 238.) de Hagen praes. Nettelbladt (Diss. de rusticorum et oblig. falso vel merito suspp. Hal. 1789.) unterscheidet zwischen einem rusticus und einem solchen, der rusticitas besitzt, und nimmt in Ansehung des letztern an, daß ihm die ignorantia juris zu gestatten sey. Hofacker (Princ. jur. civil. T. 1. §. 203.)

2) Daß sie wegen fiskalischer Abgaben nicht in Anspruch genommen werden können, wenn sie nicht eigene Güter besitzen. (L. 15 C. de agricol. et censitis.) daß wenn ein Bauer einen Acker, den der vorige Besitzer verlassen, zur Kultur bringt, und zwei Jahre im Besitz hat, nun eigenthümlich besitze (L. 8. u. L. 14. C. de omni agro deserto) daß der Meierzins nicht gesteigert werden kann, wenn durch eine bessere Kultur die Einkünfte des Guts vermehrt sind. (L. 2. C. de fundo rei privatae. L. 2. C. de locat. praed. civilium L. 3. C. de praediis et omnibus rebus naviculariorum) u. s. w. sind besondere Vorrechte, welche den Bauern nur alsdann, wenn particulair Gesetze die Bestimmungen des römischen Rechts aufgenommen, zukommen können.

3) Das beneficium restitutionis in integrum wird den Bauern überhaupt gestattet von Gabken (a. a. O. S. 259.). Hagemann (a. a. O. S. 115.) ist dagegen der Meinung, daß es denselben blos dann zukomme, wenn sie ohne Zuziehung eines Sachwalters ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, oder ohne ihr Verschulden keine Gelegenheit gehabt, einen Rechtskundigen zu Rathe zu ziehen, und durch den Mangel dieser Kenntnisse, welche bei ihrem Stande gewöhnlich nicht anzutreffen sind, durch das Geschäft selbst einen Schaden erlitten haben, womit auch Struben (rechtl. Bedenken Th. 1. S. 121. 402.) Leyser

(Spec. 64. n. 8.) Wechner (observ. for. T. 1. P. 1. obs. 52.) v. Berg (jurist. Beob. B. 3. n. 24.) übereinstimmen.

Dritte Abtheilung.

Von dem Einflusse der bürgerlichen Ehre.

§. 108. (M. §. 95.)

Das römische Recht ist in der Lehre von der Ehrlosigkeit nicht unmittelbar anzuwenden, es giebt infamia, die ipso jure eintritt.

1) Der sittliche Werth einer Handlung ist nach den in jedem Zeitraume herrschenden Begriffen zu beurtheilen, sonach kann vieles, was bei den Römern gegen die guten Sitten anstieß, in Deutschland erlaubt seyn. Es würde in der That lächerlich seyn, eine Wittwe, welche im Trauerjahre heirathet, mit der Infamie bestrafen zu wollen.

2) Ohne richterliches Urtheil tritt in Deutschland keine Ehrlosigkeit ein, dafür sprechen Landesgesetze, Praxis und criminalistische Ansichten, die allein da entscheiden können, wo Ehrlosigkeit als eine der wichtigsten Strafen erklärt ist. (Vergl. Pr. Gerichtsordnung Th. 1. tit. X. §. 277. Anmerk. z. baier. Strafgesetzb Th. 1. S. 101. Hannöversches Gesetz über Abschaffung der Folter v. 25. März 1822. Art. VI.)

3) Die Authentica Friderici agriculturae (C. quae res pign. C. 5. 8. 17.) auf welche man sich zur Unterstützung, daß die römischen Rechtsbestimmungen in dieser Lehre recipirt sind, beruft, sind heutiges Tages unanwendbar; so wie auch die Notariatsordnung von 1512. Einl. §. 2. nach veränderter Staatsverfassung ihre verbindliche Kraft verloren hat, auch kann, wenn gleich die Peinl. Gerichtsordnung Karls V. in einem Bundesstaate Gesetzkraft haben sollte, die Bestimmungen derselben nur dann Anwendung finden, wenn darnach erkannt wird. Die Strafe der Ehrlosigkeit kann

niemals ipso jure eintreten; [a]) auch ist die römische Infamie nur in so fern in Deutschland anzuwenden, als einzelne Fälle derselben entweder in die deutsche Ehrlosigkeit übergegangen, oder blos Anrüchigkeit begründen.

Hiermit stimmen überein: Runde, (Gr. d. d. PR. §. 307.) Schweppe, (röm. Privatrecht 3. Aufl. Alt. 1822. §. 73.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. V. S. 1847.) Kind, (Quaest. for. III. 12. 55.) Hübner, (Ueber Ehre, Ehrlosigkeit, Ehrenstrafen und Injurien. Th. 1. S. 125.) Mittermaier. (Gr. d. d. PR. §. 595.)

Das Gegentheil nehmen an: Marezoll, (Ueber die bürgl. Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung; Gießen 1824. S. 340. 350. 357.) Ortloff. (Gr. d. d. PR. S. 200.) Andere unterscheiden zwischen römischer und durch die Reichsgesetze modificirter und deutscher, durch einige besondere Wirkungen ausgezeichneter Infamie; als: Eichhorn (Einl. z. d. PR. §. 84. 86 — 88.) s. dagegen Mittermaier (in s. Beitr. S. 13.)

a) Die Specialinquisition begründet keine infamia juris Hagemeister. Erört. d. Generalinquisition S. 85.

§. 109. (M. §. 96.)

Die von Henkershand vollzogenen Strafen infamiren nur alsdann, wenn die Gesetze solches ausdrücklich bestimmen.

1) Ist der Abdecker nach den heutigen Gesetzen nicht infam, sondern hat blos eine Anrüchtigkeit (levis notae macula) v. Plitt (de lev. not. macula Marb. 1784. §. 10 — 20.) Im Mittelalter war er freilich infam, so daß selbst diese infamia auf seine Nachkommen bis zum 2. Grad überging. Reichspolizeiordn. v. 1530. tit. 21. Reichsschluß v. 1731. §. 4.) Sonach konnte wohl leicht der Grundsatz geltend werden: wer unter Henkershand gewesen, ist infam.

2) Aus der L. 22. D. de his, qui not. infam. L. 14. C. ex quib. causs. inf. kann nicht das Gegentheil erwiesen werden;

3) Mehrere Strafen werden von Henkershand vollzogen, die nicht infamiren: z. B. Pranger. Hiermit stimmen überein: Tittman, (Handbuch des peinl. Rechts Th. 1. S. 125.) Hübner, (Ueber Ehre und Ehrlosigkeit S. 118.) Selchow, (Lehrbuch d. p. Rechts §. 39.) Hencke, (Handbuch des peinl. R. Th. 1. S. 479.) Mittermaier, (a. a. O. und in s. Beitr. S. 13.)

Das Gegentheil nehmen an: Kleinschrod, (Entwurf der Grundbegriffe und Gundwahrheiten des peinlichen Rechts Erl. 1805. Th. III. §. 87.) Eichhorn (Einleitung z. d. PR. S. 258.) und Marezoll (Ueber die bürgerliche Ehre S. 366.)

§. 110. (M. §. 97.)

Die querela inofficiosi testamenti steht den Geschwistern gegen den im Testament eingesetzten spurius nicht zu.

Denn 1) nach der Constitutio Constantins (L. 27. c. de inoff. test.) steht die querela inoff. test. den Geschwistern gegen die Erben zu, welche infamiae et turpitudinis vel levis notae macula notati sind, eine solche haben aber die spurii nach römischem Rechte nicht.

2) Wenn gleich nach mittlern deutschen Gesetzen die spurii zu den anrüchigen Personen gehören, (Sachsenspiegel B. 1. act. 38. alle die unehelich geboren sind, sind rechtlos) und von der Aufnahme in Zünfte und Innungen ausgeschlossen waren, so bezog sich dies nicht auf ihre Erbfähigkeit, und sonach können auch die Geschwister gegen sie die Querel nicht anstellen.

Das Gegentheil nehmen an: Gothofred (Com. ad. L. 3. C. Th. de inof. test.) Grafland (Diss. ad. l. 27. c. de inof. test. c. 11. §. 9.) s. a. Marezoll. (Ueber bürgerl. Ehre S. 391.) Mittermaier (a. a. O.)

Der richtigen Meinung sind: Heineccius (de levis not. mac. §. 34.) Püttman (var. opusc. syllog. p. 215.) Kind (quaest. for. 1. c. 48.) Wiesand. (Opusc. p. 263.)

§. 111.

Die Anrüchigkeit hat keinen Einfluß auf ein vollgültiges Zeugniß.

Hiermit stimmen überein: Plitt (de lev. not. mac. sec. jus. germ. Marb. §. r. 784. §. 28.)

Das Gegentheil nimmt an: Marezoll (a. a. O. S. 363.)

Vierte Abtheilung.

Von dem rechtlichen Unterschiede zwischen Einheimischen und Fremden.

§. 112. (M. §. 98.)

Jeder Fremde, wenn er nicht durch einen Germanen vertreten wurde, stand unter dem Schutze des Königs.

Ein Fremdling (Wargus, Gargangus von arg, das Gegentheil von Rachinburgen oder bonus homo) mußte, indem jeder, der in der Gemeinde nicht verbürgt war, keinen Anspruch auf richterliche Hülfe hatte, friedlos seyn. Es war daher nothwendig, daß er durch einen Germanen vertreten wurde, oder den Schutz des Königs genoß. Dies ergiebt sich nicht undeutlich aus der Lex Salica tit. 45. c. 1. wo es heißt:

si quis ingenuus Francum, aut hominem barbarum occiderit, qui lege Salica vivit, sol 200. culp. judicatur.

Hier werden die fremden Germanen als Schutzgenossen des fränkischen Königs betrachtet, und lebten daher, so wie ein homo denarialis nach salischem Gesetz, und erwarben die salische Rechtsgenossenschaft.

Auch aus der Lex Roth. c. 390. ergiebt sich, daß der Fremde Schutzhöriger des Königs war; siehe a. Lex longob. I. 9. 28. III. 4. 2. 4. dann Capitulare II. a. 815. c. 6. III. 813. c. 8.

Hiermit stimmen überein: Philipp (Geschichte d. angelſ. Rechts S. 108.) Mittermaier (a. a. O.)

Dagegen wird von Andern behauptet, daß zur Zeit der Abfassung des salischen Gesetzes der Fremde von selbst den königl. Schutz nicht genossen habe.

Eich=

Eichhorn (RG. S. 125.) Rogge, (über das Gerichtswesen der Germanen S. 54 n. 70) nur in Rücksicht der Lombarden wird eine Ausnahme gemacht.

§. 113. (M. §. 101.)

Wegen bloßer Verschiedenheit der Rechte, welche zwischen Einheimischen und Fremden in den Gesetzen gemacht wird, findet keine Retorsion statt.

1) Die Retorsion tritt nur bei ungleicher und unbilliger Behandlung der Fremden gegen Einheimische ein, fällt daher weg, wenn dieser Unterschied nicht gemacht ist. (Regenberg sagt a. a. O. (esset enim hoc ipsum nil aliud, quam aliis civitatibus jura obtrudere velle, nihilque aequum existimare, quam quod in nostra ditione servatur.)

2) Wenn in den Gesetzen Bestimmungen enthalten sind, die sich auf besondere hier geltende Institute gründen, die aber in dem Lande des Fremden nicht vorhanden sind, so kann nicht gesagt werden, daß eine unbillige Behandlung der Fremden vorhanden sey. Daher kann auch unter andern die Retorsion nicht eintreten, wenn in dem Vaterlande des Klägers kein Wechselrecht eingeführt ist, hier aber, wo der Beklagte wohnt, solches statt hat; (v. Oldenburg, Diss. de retorsione jurium praecipue in causis cambialibus. Gött 1780.) Püttman, (Grundsätze des Wechselrechts S. 61), auch nicht bei der Gerade. Gründler, (de retors. spec. quoad Geradam Vit. 1805.) Ueberhaupt bei der Succession. (Bay. Rescript v. 20. Apr. 1811 in Novellen zum bay. LR. S. 422.)

Hiermit stimmen überein: D. F. Hoheisl, (de retorsione jur. stat. variantium nec aequa nec prudente. Hal. 1725.) C. D. Regenberg, (in vindiciis jurium reipub. et fisci in doctrina retorsionum Lips. 1726.) Ebend. (de bello legum contra leges retorsione emendata metuendo. Lips. 1743.) Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. max. bav. T. 1. Cap. §. 18.) Runde (Gr. d. deutsch. PR. §. 319.) Hofacker, (Princip. jur. civil.

T. I. §. 146.) Riccius, (von Stadtgeſ. B. II. c. 19.) Bolley, (Betrachtungen über verſchiedene Rechtsmaterien n. 8.) Bielitz, (Commentar über das pr. Landrecht Th. 1. S. 148.) Mittermaier, (a. a. O.) ſ. a. Pr. Lr. Einl. §. 42. Baier. B. Urk. Beil. 1. §. 17. Sächſ. Generale vom 4. Ap. 1805. H. G. Leber. Cruſius ad legem Saxonicam novissim. de finibus juris retors. regundis. Com. I. II. Lpz. 1812. Haubold K. S. Privatrecht §. 107.

Das Gegentheil nehmen an: J. G Bauer, (de vero fundamento quo inter civitates nititur retors. jur. Lpz. 1740. §. 4.) Geisler, (Sciagraphia jur. germ. privat. §. 96.) v. Glück, (Pandectencommentar §. 213.) Danz, (Handbuch des deutſchen P. R. B. 3. S. 124.) welcher noch zur Unterſtützung anführt, daß Niemand über die Aequität und Inäquität erkennen könne. Ein ganz hinfälliger Grund.

§. 114. (M. §. 101.)

Daß die den Fremden nachtheilige Verordnung ſchon wirklich zur Anwendung gekommen, iſt zur Begründung der Retorſion nothwendig.

So lange kein Akt vorhanden, wodurch der Nachtheil für den Fremden wirklich eintritt, iſt kein Grund zur Retorſion vorhanden, indem es an einer widerrechtlichen Handlung fehlt, die doch nothwendig vorausgeſetzt wird.

Hiermit ſtimmen überein: Carpzov, (Definit. for. P. 3. const. 38. Def. 8.) Berlich, (P. 3. concl. 51. n. 27. 28.) Riccius, (v. Stadtgeſetz. B. 2. Heft 19. §. 4 — 6.) Müller, (de literis reversalibus Jen. 1741. §. 49.)

Das Gegentheil nehmen an: Stryck, (usus mod. Pand. Lib. I. Tit. II. §. 4. T. I. p. 208.) Thomaſius, (Diss. de jure detract. §. 19. p. 20.) Wehner, (Observ. P. 3. obs. 32.) C. F. Elſäſſer, (de jurium statut. variantium retorsione etiam tum fun-

data, cum actus secundum illius exeritus non processerit. Erl. 1775.) Runde, (Gr. d. deutschen PR. §. 319.) Danz, (Handbuch B. III. S. 127.) Mittermaier, (a. a. O.) Die Gründe sind: 1) ein öffentlich bekannt gemachtes Gesetz ist verpflichtend; 2) die Unterthanen sind verbunden, dieser in den Statuten enthaltenen nachtheiligen Bestimmung zu folgen, wodurch ein wirklicher Nachtheil entsteht, ohne daß es öffentlich bekannt wird; 3) es komme darauf nicht an, ob das Statut alt sey, denn es könne ja doch zur Anwendung kommen.

§. 115. (M. §. 103.)

Das Detractsrecht hat blos die Staatsgewalt zur Quelle.

Der Detract ist als eine Abgabe anzusehen und kann sonach aus keiner andern Quelle als aus der Staatsgewalt abgeleitet werden; sonach steht dieses Recht blos dem zu, der Inhaber der Staatsgewalt ist, oder dem, welcher es als ein niederes Regal erworben hat. Es ist sonach nicht als eine bloße Wirkung des Herkommens zu betrachten. Die Reichsgesetze, (Reichsabs. vom Jahre 1555. 1594.) welche zum Beweise des Gegentheils angeführt werden, enthalten dies nicht, sondern sind vielmehr dahin zu verstehen, daß, so oft der Abschoß erhoben, besonders wenn Unterthanen der Religion wegen auswandern, und in diesem Falle Abschoß zu geben genöthigt werden, das herkommliche Maaß nicht überschritten werde.

Hiermit stimmen überein: (Faust Beweis, daß das Recht der Nachsteuer ein Regal sey. Frankfurt 1756.) J. F. Bonhöfer, (Diss. qua jus detractus suporioritate territ. vindicatur. Goett. 1773) Kind, (Quaest. for. T. II. c. 69.) Runde, (d. PR. §. 326.) Reitemeier, (das allgemeine Abschoßrecht; Frankfurt 1800. S. 78. Beil. n. 2.) Mittermaier, (a. a. O.) Eichhorn, (Einl. §. 77.) Das Gegentheil nehmen an: Horn, (Consult. A. II. Resp. 20. n. 1.) Berger,

(Oecon. jur. Lib. I. tit. II. th. 18. not. 1.) Reinhardt, (ad Christ. Vol. V. Obs. I.) Leyser, (Meditat. Vol. VI. Sp. 429. n. 1.) Pütter, (Rechtsfälle B. III. Resp. 285.)

§. 116. (M. §. 104.)

Der Brautschatz der Tochter und das zum Etablissement der Söhne gegebene Vermögen ist vom Abschoß nicht frei.

1) Die Geschenke und Ausstattungen mögen zum Erbschaftsvermögen gezogen werden können oder nicht, so kommt es bei Bestimmung der Abschoßpflichtigkeit blos auf den Ausgang des Vermögens aus der Jurisdiction, außer dem Falle des Verkehrs an. Nur das Herkommen kann hier eine Ausnahme begründen.

2) Der Satz: „was nicht conferirt wird, braucht nicht verabschoßt zu werden; sonach unterliegt das Heirathsgut und Kindervermögen dem Abzuge nur alsdann, wenn es conferirt werden muß, und kann erst bei der Collation dieser Abgabe unterworfen werden," ist nicht ganz richtig. Denn in den meisten Fällen ist die Abgabe eine wahre Nachsteuer; der Sohn, die Tochter gehen außer dem Lande, und nehmen dieses Vermögen mit, und das Kollationswesen betrifft nur die Erben, kann also auf die Abzugs- und Nachsteuerpflicht keinen Einfluß haben. Die Zeit der vollzogenen Ehe oder das Etablissement ist als das Moment anzusehen, von welchem an die Verbindlichkeit zur Entrichtung des Abzugs und der Nachsteuer eintritt. Das Nämliche findet bei den Erbschaften der Aeltern und Kinder statt, welche nicht als sogenanntes Thränengut (luctuosa hereditas) befreit sind.

Hiermit stimmen überein: Bodmann, (Geschichte d. Grund- und Territorialverhältnisse des Abzugsrechts und der Nachsteuer. Mainz 1791. S. 152. 240.) Westphal, (deutsches Privatrecht Th. 1. Abh. 4. §. 15. S. 41.) Danz, (Handbuch B. 3. S. 184.) Reitemeier, (a. a. O. Beil. n. 39. S. 123.) Das Gegentheil nehmen an: Berlich, (P. III. concl. 52. n. 63.)

Brunemann, (Cent. 5. dec. 46.) Wehner, (Obser. pract. voc. Nachsteuer.) Homel, (Rhaps. Obser. 445.) Struben, (rechtl. Bedenken B. V. Bed. 143.)

§. 117. (M. §. 104. a.)

Das auswärtige Vermögen ist der Nachsteuer nicht unterworfen.

1) Nur diejenigen Güter sind der Nachsteuer unterworfen, welche bisher einen integrirenden Theil des Landesvermögens ausmachten, und zu der vereinten Staatskraft als Mittel entweder wirklich dienten, oder doch dienen konnten, wenn sie außer den Grenzen des Gebiets, wirklich mit Entschlagung jenes Integritäts- und Nutzbarkeitsverbandes gebracht wurden. 2) Kapitalien, oder Mobilien, wenn sie im Auslande angelegt, dort erworben, oder ererbt wurden, sind keine integrirenden Theile des Landesvermögens geworden; sonach fällt der Grund der Nachsteuer weg. 3) Der Grundsatz: mobilia ossibus inhaerent, der zur Unterstützung der entgegengesetzten Meinung gebraucht wird, ist da unanwendbar, wo von auswärtigem Vermögen die Rede ist. 4) Blos von dem ausgehenden Vermögen, nicht von Früchten und Zinsen ist Nachsteuer zu entrichten. Hiermit stimmen überein: Beck, (von der Nachsteuer S. 77.) Bodmann, (a. a. O. S. 150. 162.) Ludolf, (Obs. vol. III. fasc. 1. n. 1. p. 50.) Leyser, (Medit ad Pand. Sp. 429. med 5.) Kind, (Quaestiones for. II. n. 70.) Danz, (Handbuch des deutschen PR. B. III. S. 182.) Mittermaier, (a. a. O. und in Beiträgen S. 15.) Das Gegentheil nehmen an: Carpzov, (jurispr. forens. P. 3. const. 39. Def. 19. n. 10.) Berger, (oecon. jur. Lib. 5. tit. 2. §. 18. n. 3.) Eichhorn, (Einleitung zum deutschen PR. §. 78.) Reitemeier, (a. a. O. Beil. 19. S. 98.) Noch Andere unterscheiden bei den Kapitalien zwischen solchen, die auswärts ausgeliehen, oder durch Schenkung oder Erbschaft erworben sind, und unterwerfen blos erstere dieser Abgabe; als Müller, (Promt. jur. voc. Gabella n. 33.)

§. 118. (M. §. 104. a.)

Die Abschoßfreiheit der Geistlichen läßt sich vermuthen.

Wenn gleich der Regel nach Niemand von der Nachsteuer befreit ist, und dies auch in Ansehung der Geistlichen zu behaupten ist, so kann man doch, da das römische und canonische Recht (auth. Cod. de episc. et cler. c. 24. C. 23. 9. 8. und C. 4. X. de immunitat.) die Geistlichen bei den Landeslasten begünstigt, eine Befreiung vermuthen. Mehrere lassen diese Befreiung nicht zu: Lang, (Anmerk. zu Beck. S. 98.) Fresenius, (Gedanken über die Nachsteuer — in den Meditationen für Rechtsgel. n. II. §. 20.) Schnaubert, (juristische Bibliothek B. II. S. 255.) Klüber, (Bibliothek kleiner jurist. Schriften III. S. 464.) Bodmann, (Abzugsrecht im innern Verhältniß S. 65.) Eichhorn, (Einl. §. 78.) Andere nehmen jene Meinung an, als: Cothmann, (Cons. I. n. 143. cons. 27. n. 40. 60.) Lynker, (Vol. II. Resp. 147. n. 7.) Böhmer, (jus eccles. Protest. Lib. III. tit. 5. §. 114. T. II. p. 405.) Beck, (Ueber Nachsteuer S. 69.) Cramer, (wetzl. Nebenstund. Th. XI. S. 18.) Pütter, (Rechtsfälle B. III. Resp. 285.) Reitemeier, (a. a. O. Beil. n. XXVIII. S. 113.)

Anmerk. So wird die Abschoßfreiheit der Professoren bestritten: v. Lang, (a. a. O. S. 75.) Bodmann, (a. a. O. S. 84.) gestattet von Cothmann, (Resp. Act. 19.) ICti Tubing, (Vol. I. Cons. 65. n. 59.) Mevius, (P. VII. Dec. 28. n. 14.) Leyser, (Vol. VI. Sp. 43. n. 1. 2. 3.) Beck, (a. a. O. S. 73.) Fresenius, (a. a. O. n. II. §. 20. vergleiche Reitemeier a. a. O. Beil. n. XXIX. S. 114.)

Die Abzugsfreiheit des Adels behauptet: v. Wernher, (T. III. P. II. obs. 207.) Riccius, (v. landsäss. Adel C. II. §. 614.) verworfen von Reitemeier, (a. a. O. Beil. XXVII.)

§. 119. (M. §. 104. a.)

Die Detractsforderung verjährt nach Ablauf von 40. Jahren gegen den Fiscus, in der gewöhnlichen Zeit gegen Gutsherrschaften.

1) Nach dem römischen Rechte verjähren Sachen des Fiscus in 40 Jahren L. 6. C. de jure fisci L. 14. C. de

fund. patr. Leyser, (Medit. Sp. 458.) Thibaut, (über Besitz und Verjährung S. 97.) Unterholzner (Verjährungslehre Th. 1. §. 15.) 2) Die Verjährung von fünf Jahren, welche bei der Confiscation defraudirter zollpflichtigter Waaren eintritt, (L. 2. c. de vest. et com.) findet keine Anwendung, weil der Grundsatz: steuerbare Güter sind dem Detract unterworfen, unrichtig ist. 3) Weder Städte, wenn sie nicht fiscalische Vorrechte haben, noch Gutsherrschaften können auf jene Verjährung Ansprüche machen, es sind sonach in Rücksicht derselben die allgemeinen Grundsätze von Verjährung in Anwendung zu bringen.

Hiermit stimmen überein: Cramer, (observ. P. I. p. 621.) Struben, (rechtl. Bed. Th. 4. B. 144.) Pufendorf, (Observ. T. 4. n. 256.) Westphal, (deutsch. PR. Th. 1. S. 43.) Reitemeier, (a. a. O. Beil. n. 53.) Andere dagegen nehmen nach der Analogie von Zolldefraudationen eine fünfjährige Verjährung an: als Mevius, (P. II. Dec. 163.) Noch Andere schließen die Verjährung ganz aus. Leyser, (Med. ad P. Sp. 432. n. 8.) Lynker, (Resp. P. I. Resp. 33. n. 5.) Andere noch nehmen eine 30jährige Verjährung an: F. Hirsch, (com. de jure emigrat. civium prohibendi et circumscribendi Goett. 1787.) L. D. v. Egger, (Archiv für Staatswissenschaft und Gesetzgebung. Zürich 1795. B. 1. S. 62 — 88.)

Fünfte Abtheilung.

Von dem Einflusse der Religionsverschiedenheit auf bürgerliche Verhältnisse.

§. 120.

Willenserklärungen, welche durch die Religion bedingt, sind nur in einem Falle gültig.

1) Jede Willenserklärung, worin der Genuß gewisser Vortheile durch die Religion bedingt ist, so daß solche nicht geändert oder geändert werden soll; (conditio de non mu-

tanda aut mutanda religione) enthält eine Beschränkung der Gewissensfreiheit und ist sonach widerrechtlich.

2) Dagegen sind letztwillige oder vertragsmäßige Bestimmungen, welche zum Genuß der durch sie freiwillig oder unverpflichtet verliehenen Privatsuccessions- oder Genußrechte, eines Nachlasses, eines Vermächtnisses, einer Familienstiftung, die Bedingung setzen, daß das begünstigte Mitglied einer bestimmten Glaubenspartei angehöre, gültig: denn

a) enthalten sie keine Rechtsverletzung mittelst Entziehung vollkommener Privatrechte, die ohne sie den Andern zustehen würden;

b) wird durch sie die Beibehaltung oder Aenderung des Kirchenglaubens weder geboten noch untersagt, sondern ganz der freien Willensbestimmung des Einzelnen überlassen;

c) entsteht dadurch keine Verletzung der Rechtsgleichheit der verschiedenen Religionsverwandten, welche im Art. 16. der deutsch. Bundesacte bestimmt ist.

Hiermit stimmen überein: Berger, (Oeconomia juris L. 2. tit. IV. th. III. n. 7.) Bielitz, (pract. Comment. über das preuß. LR. Th. 1. S. 411.) Klüber, (öffentl. Recht des deutsch. Bundes §. 530.)

Dagegen nehmen Einige an: als Hertius, (de superioritate territ. §. 13.) Wernher, (T. 2. obs. 128.) Böhmer, (Jus eccl. Protest. T. III. Diss. prael. de jure circa libertatem conscientiae §. 49.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. P. 3. c. 3. §. 10.) Hagemann und Günther, (Archiv der Rechtsgel. Th. 3. n. 8. S. 246.) Walch, (Introductio in controvers. jur. civil. p. 222.) Hofacker, (Princip. jur. civil. T. II. §. 195.) A. D. Weber, (Erläutr. d. Pand., herausgegeben von A. W. K. Weber Th. 2. S. 246. Lpz. 1820.) Eichhorn, (Einleitung zum deutsch. PR. §. 79.), daß nur die conditio de mutanda religione turpis, und nicht als hinzugefügt anzusehen sey. Andere als v. Selchow, (Magazin für die gesammte Jurispru-

denz Bd. 1. St. 1. S. 63.) Kretschmann, (kleine Abhandlungen aus dem Privat- und Staatsrechte No. XII.), lassen die Bedingung in den Fällen der Erbeinsetzung zu, wenn nur die anzunehmende Religion nicht der Sittlichkeit geradezu widerspricht. Noch Andere, als Wiese, (Handbuch des Kirchenrechts Th. 3. Abh. 2. §. 493. S. 165.) Böhmer, (Rechtsfälle Bd. 2. n. 108.) s. a. Mittermaier (in den Beitr. zum deut. PR. S. 15), halten die Bedingung de non mutanda religione ohne Einschränkung für erlaubt. Mehrere noch als Runde, (Gr. d. deutsch. PR. 637.) unterscheiden, ob die Bedingung bei Einsetzung auf den Pflichttheil gemacht sey, oder in Rücksicht eines Nachlasses, welchen der eingesetzte Erbe der Liberalität des Erblassers zu verdanken hat: im erstern Fall sey die Bedingung als nicht geschrieben zu halten, in dem letztern aber gültig: hiermit stimmt auch Mittermaier (a. a. O. §. 105.) überein.

Endlich sind noch Einige als Sellhaß, (Praes. Schorch, Diss. utrum conditio, qua certa religio in subjecto requiritur, pro turpi vel honesta sit habenda? Erf. 1752) und Thibaut, (System des Pandectenrechts §. 803. §. 1021.) der Meinung, daß beide Bedingungen, die Religion zu ändern oder nicht zu ändern, nur dann verwerflich sind, wenn eine verbotene Religion zur Bedingung gemacht ist.

§. 121. (M. §. 105. not. III.)

In gemischten Ehen hat der Vater die Befugniß zu bestimmen, in welcher Religion die Kinder erzogen werden sollen.

1) Wenn im Ehevertrage oder in den Landesgesetzen keine Bestimmung darüber enthalten ist, in welcher Religion die Kinder erzogen werden sollen, so kommt die Bestimmung dem Vater darum zu, weil er Haupt der Familie ist und ihm die physische und moralische Erziehung der Kinder zusteht. Nachdem die Kinder das Unterscheidungsjahr (nach gemeinen Recht [a]) das 14te Jahr Concl. corp. evang. von 1752 in Emighaus, corp. jur. II. p.

257) zurückgelegt haben, hängt es von ihnen ab, ob sie bei der bestimmten Religion bleiben wollen.

2) Daß den Aeltern die Befugniß zustehe, in den Eheverträgen wegen der Religion, in welcher die Kinder zu erziehen sind, eine Norm festzusetzen, ist darum unbedenklich, weil dadurch die Religionsfreiheit der Kinder nicht beschränkt wird. Dieser Bestimmung ist zu folgen, auch können dergleichen Verträge nicht willkührlich abgeändert werden. Jenes verordnet schon der Schluß der Friedens-executions-Deputation vom 14. Sept. 1650. die conclusa des corp. evangelicorum vom 6. September 1730. vom 22. Mai 1748. (in Schauroth Com. corp. ev. T. I. p. 32. T. II. p. 280. 281.) Die hannöverische Verord. vom 31. Juli 1826. gestattet keine Verträge über diesen Gegenstand.

Hiermit stimmen überein: Dürr, (de potestate patris circa relig. liberor. in Schmidt thesaurus j. eccl. Tom. VI. n. 18.) Faber, (Staatscanzlei T. X. S. 805.) Runde, (Gr. des deutschen PR. §. 569.) Danz, (Handbuch des deutschen PR. Th. 6. §. 569. n. IV. S. 180.) Mittermaier, (in dem Aufsatze in der Zeitschrift Themis, herausgeg. v. Elvers, Gött. 1827. 2. B. 1. Heft n. I. und a. a. O. §. 105. n. III.) s. a. Pr. Declaration v. 21. November 1803. (in Merckel Comment. II. S. 113.) Großh. hess. Gesetz vom 27. Feb. 1826. Andere dagegen nehmen an: daß die Söhne in der Religion des Vaters, die Töchter in der Religion der Mutter zu erziehen sind. F. U. Pestel, (Num pacta dotalia, quibus cautum, ut masculi patris, feminae matris religione imbuantur, sint servanda? Rint. 1753.) Zwerlin, (in den Nebenstunden Abh. 9.) s. a. baier. Verf. Urk. Beil. II. §. 14.

a) Das dritte baden. Organisations-Edict von 1803. §. 2. bestimmt das 18te Jahr; die bay. Verf. Urk. Bey. II. §. 6. dann das weimarische Gesetz §. 61. das Jahr der Großjährigkeit. — In dem kathol. Kirchenrechte wird angenommen, daß sich das Entscheidungsjahr nicht bestimmen lasse: s. Frey, Commentar über Michel KR. Th. III. §. 216. ohnerachtet daß c. 1. c. xx. 9. 2. eine analogische Entscheidung für das 14te Jahr darbietet.

§. 122. (M. §. 107. not. IV.)

Die Juden sind nicht von allen öffentlichen Aemtern auszuschließen.

1) Es gilt der Grundsatz: (ohne auf die nachtheiligen Bestimmungen fremder Rechte Rücksicht zu nehmen L. fin. pr. C. de judaeis. C. 16. und 18. X. de judaeis) daß die Juden von allen öffentlichen Aemtern, zu welchen das volle Staats-Bürgerrecht erfordert wird, ausgeschlossen sind. Sie können daher nicht Magistratsmitglieder, auch nicht Mitglieder der Ständeversammlung werden. [a])

a) Die bay. Verf. Urk. Tit. VI. §. 2. bestimmt, daß das Mitglied der Ständeversammlung sich zu einer der drei christlichen Religionen bekennen muß.

Dagegen sind sie von allen übrigen Bedienungen und Aemtern, bei welchen blos das Indigenat vorausgesetzt wird, nicht ausgeschlossen, unter andern nicht vom Militair und von gewissen Civilstellen. Ersteres ist um so weniger zu bezweifeln, da der Jude eben so wie der Christ zur Uebernahme der Militairdienste verbunden ist, und zeichnet er sich in demselben aus, so würde es ungerecht seyn, ihm eine Beförderung zu versagen.

2) Die Aemter, auf welche die Religion einen Einfluß hat, kann ein jüdischer Glaubensgenosse nicht erwerben. Daher ist er auch von der Advocatur auszuschließen, indem der Sachwalter öfters einen Eid ableisten muß, bei Ableistung des Eides aber die jüdischen Feierlichkeiten zu beobachten sind, die mancherlei Schwierigkeiten veranlassen. Dagegen ist kein Grund vorhanden, ihn von der Doktor- oder andern akademischen Würden auszuschließen.

Hiermit stimmen, was die Doktorwürde betrifft, überein: Bülow und Hagemann, (Practische Erörterung. B. III. S. 424.) Mittermaier, (a. a. O.) Andere lassen sie zur Advocatur zu: Gans, (vom Amte des Fürsprechens.) Nach dem Pr. Edict vom 11. März 1811 konnten sie Schul- und Lehr-, auch akademische Aemter erwerben, dies ist aber in der Verordnung vom 12. März 1822 aufgehoben.

Andere schließen sie von allen Aemtern und Ehren-

stellen aus. Finckelthaus, (Observ. pract. 84. n. 3.) Beck, (Judenrecht S. 429.)

§. 123. (M. §. 107. not. V.)

Der jüdische Vater verliert die väterliche Gewalt nicht, wenn sein Kind zur christlichen Religion übertritt.

1) Ist kein gesetzlicher Grund vorhanden, warum durch den Uebertritt des Kindes zur christlichen Religion die väterliche Gewalt aufgehoben werden soll. Der Can. 26. Conc. Toledani IV. welcher zur Unterstützung der entgegengesetzten Meinung angeführt wird, bestimmt blos, daß die Töchter der Religion ihrer übertretenden Mutter folgen, so wie die Söhne, wenn der Vater ein Christ geworden ist. In dem C. 2. X. de conversione infidelium wird ein Fall erwähnt, wo der Mann zur christlichen Religion überging, und von seiner jüdischen Frau die Verabfolgung seines vierjährigen Sohnes forderte, der vom Papste dahin entschieden: daß dieses geschehen müsse, theils weil ihm nach den Civilgesetzen die väterliche Gewalt über ihn zu stehe, theils nach dem canonischen Rechte, wegen der favor fidei christianae.

2) Ist kein politischer Grund vorhanden. Die Furcht, daß der Vater ein solches Kind mißhandeln und bemüht seyn werde, es wieder von der Religion abzubringen, dies alles sind bloße Vermuthungen, welche nicht von solchem Gewicht sind, dem Vater seine Rechte zu entziehen.

3) Geben ja diejenigen, welche der entgegengesetzten Meinung sind, selbst zu, daß wenn der Vater in die Religionsveränderung seiner Kinder gewilligt, er die väterliche Gewalt nicht verliere, sonach ein Jude solche über seinen christlichen Sohn besitzen könne.

Diese Meinung vertheidigen Böhmer (jus eccl. Protest. T. 3. L. 3. tit. 3. §. 33. §. 57.) Ludovici, (Diss. de jure et jurisprudentia domestica. Cap. 3. §. 8.) v. Selchow, (elementa juris germ. privati §. 369.) Geiger und Glück, (Rechtsfälle. Th. 1. S. 17.)

Der entgegengesetzten Meinung sind: Marquard, de Susanis, de Judaeis et aliis infidelibus. P. 3. c. 4. n. 8.)

Leyser, (Medit. ad Pand. Spec. 21, m. 1.) Moser, (Abhandl. aus dem deutschen Kirchenrecht S. 125.) Thiele, (jurispr. judaica §. 165.) Terlinden, (Gr. des Judenrechts. Halle 1804. §. 95. S. 82. §. 444. S. 224.) Beck, (Judenrecht Kap. 6. §. 5.) Sie stützen sich theils auf die Nachtheile, die daraus entstehen können, theils auf den Grundsatz: daß das Kind, wenn es zur christlichen Religion übergeht, in odiosis von der väterlichen Gewalt befreit werde, in favorabilibus aber die jura suitatis, agnationis und successionis genieße, wie sich deutlich aus dem c. 5. X. de judaeis ergebe. Allein dieses Gesetz ist auf vorliegenden Fall ganz unpassend und betrifft blos Vermögensverhältnisse.

§. 124. (M. §. 107. not. v.)

Der jüdische Vater ist verbunden, seinem zur christlichen Religion übergetretenen Kinde die natürlichen und Civilalimente zu reichen, und bei seiner Verheirathung oder seinem Etablissement die väterliche Beihülfe zu geben.

1) Ist kein Grund vorhanden, dem zur christlichen Religion übergetretenen Kinde die natürlichen Alimente zu entziehen; die Pflicht des Vaters zur Reichung derselben dauert selbst nach Aufhebung der väterlichen Gewalt fort.

2) Die Civilalimente, die Kosten zu ihrer Erziehung und Ausbildung, muß er ihnen ebenfalls geben, denn seine Pflicht als Vater ist, daß er für diese sorge, die Kinder zu nützlichen Bürgern erziehe; hat der Sohn Anlage zum Studieren und Abneigung gegen die Erlernung eines Handwerks oder einer Kunst, so kann der Vater, auch wenn die Gesetze nicht das Gegentheil bestimmen, verpflichtet werden, die Studierkosten herzugeben. (Nicht nach dem Pr. LR. II. tit. 2. §. 115.)

3) Nach deutschem Rechte ist der Vater verbunden, den Kindern die väterliche Beihülfe zu geben, alles was sie zu ihrem ersten Etablissement nothwendig gebrauchen. (Mittermaier Grundsätze des deutsch. PR. §. 325.)

Dagegen aber kann der Vater nicht verbunden werden, seinem Kinde dasjenige zu geben, wozu er nach den jüdischen Gesetzen verbunden ist. Mosesmendelsohn, (Ritualgesetze der Juden 4tes HSt. 6te Abtheil. §. 1. 2. 3. S. 127. 130. 131.), denn sie sind keine Juden mehr und die jüdischen Gesetze auf sie unanwendbar.

Hiermit stimmt überein: Beck, (Recht der Juden S. 59.) Das Gegentheil nimmt an: Mylius, (Diss. de patre judaeo alimenta sumtus studiorum et legitimorum filio christiano denegante. Lpz. 1740), und Thiele, (jurisprud. judaica §. 162.)

§. 125. (M. §. 107. not. v.)

Der jüdische Vater ist nicht verbunden, seinem zur christlichen Religion übergetretenen Kinde bei seiner Lebzeit den Pflichttheil zu geben; er kann es aber auch aus dem Grunde, weil es zur christlichen Religion übergetreten ist, nicht enterben.

Was den ersten Satz betrifft, so ist es

1) ein bekannter Grundsatz: sicut hereditatis viventis, ita et legitima viventis nulla est.

2) Ist kein Grund vorhanden, von dieser Regel eine Ausnahme zu machen; denn wollte der Vater seinem Kinde dadurch den Pflichttheil schmälern, oder ganz entziehen, indem er es verschuldet, oder weggiebt, so könnte er ja von der Obrigkeit beschränkt werden.

Hiermit stimmen überein: Thomasius, (Diss. de legitim. viventis Hal. 1700. in dessen Diss. T. II. p. 408.) Mylius, (Diss. de patre judaeo alimenta sumtus studiorum et legitim. filio christiano denegante Lpz. 1740. §. 18.) J. W. Hofmann, (Observ. quae ad usum fori spectant in fasc. Diss. 11. Obs. 47. p. 110.) v. Selchow, (elem. jur. germ. §. 369.)

Das Gegentheil nehmen an: Berlich, (concl. pract. P. III. concl. 14. n. 31.) Carpzow, (Definit. for. P. III. const. XII. def. 10.) Beck, (Judenrecht S. 194.) s. a. Codex Maximil. bavar. T. 3. K. 3. §. 15. n. 8. Der zweite Satz beruht auf folgenden Gründen.

1) Die Enterbung setzt eine in den Gesetzen bestimmte Ursache voraus (justa causa exhereditationis), eine solche ist aber nicht der Uebertritt zur christlichen Religion.

2) Bestimmt zwar die not. 115. c. 3. §. 12., daß eine gravis et inhonesta injuria die Eltern berechtige, die Kinder zu enterben, allein der Uebertritt zur christlichen Kirche ist keine dem Vater zugefügte Beleidigung.

3) Schließt der Vater seinen Sohn direct in dem Testamente darum aus, weil er zur christlichen Religion übergegangen ist, so ist diese Verfügung ungültig, und kann selbst nach jüdischen Rechten nicht bestehen. (s. Mosesmendelsohn a. a. O. §. 8.)

Dieser Meinung sind: Lauterbach, (Colleg. th. practicum tit. D. de inoff. test. §. 14.) Beck, (a. a. O. §. 194.) ein Ungenannter in der Abh. (kann die von dem jüdischen Vater verbotene Glaubensveränderung seiner Kinder den angedrohten Verlust des Erbtheils nach sich ziehen? 1787.)

Der entgegengesetzten Meinung sind: Hymmen (Beit. zur jurist. Literat. B. 5. n. 3. S. 194.) und Andere, und zwar darum, weil nach den jüdischen Gesetzen der Vater nicht verbunden ist, seinen Kindern einen Pflichttheil zu geben. (Mosesmendelsohn a. a. O. S. 8. §. 8. auch: Attest des Oberlandrabbiners zu Berlin v. 10ten Mai 1758, welches Hymmen anführt:) es stehe dem Vater die Befugniß zu, so viel oder wenig einem Kinde zu geben, als er wolle, und das Kind könne sich darüber nicht beschweren. Da nun dies sey, und die Enterbung die Ausschließung vom Pflichttheil, so stehe dem Vater die Befugniß zu, sein Kind zu enterben, oder zu übergehen: obgleich der Talmud solches mißbilligt, denn es heißt:

Wenn jemand sein Vermögen einem Andern verschreibt, seinen Sohn übergeht, so ist geschehn, was geschehn: aber dies gefällt den Waisen nicht. (v. Cramer, Obs. T. III. obs. 791.)

Allein diese Gründe sind im vorliegenden Falle unanwendbar, weil sich solche blos auf jüdische Kinder beziehen, überdies auch der große Nachtheil für die Kinder entstehen

würde, die zur christl. Religion übergehen, wenn man diese Meinung annehmen wollte.

Thiele (Iurisp. jud. §. 221.) macht folgenden Unterschied: geht der Sohn bei Lebzeiten des Vaters zur christlichen Kirche über, so begeht er eine schwere Injurie, weshalb auch der Vater zur Enterbung berechtigt ist. Geschieht der Uebertritt nach dem Tode des Vaters, und hat dieser in seinem Testamente bestimmt, daß nur der auf seinen Nachlaß Anspruch machen kann, welcher bei der jüdischen Religion bleibt, so ist er dennoch zu erben berechtigt, da die conditio als turpis anzusehen sey.

§. 126. (M. §. 107. not. v.)

Den jüdischen Ehefrauen kommen in Ansehung ihres Vermögens die nämlichen Vorrechte zu, welche den christlichen zustehen.

In der nov. 109. c. 1. werden den Eheweibern, welche sich von der catholischen apostolischen Kirche trennen, die Vorrechte, welche sie wegen ihrer dos in dem Vermögen des Mannes haben, nicht gestattet. Hierunter können aber die jüdischen Eheweiber nicht begriffen, und eben so wenig unter den haereticis verstanden werden. L. 2. C. de haeret. et monach.

Dieser Meinung sind: Regusantius, (de pig. et hypoth. part. II. memb. 4. n. 70.) Ziegler, (Diss. de jurib. judaeor. c. V. §. 18.) Beck (jüdisches R. S. 121. §. 2.) C. H. Senckenberg, (Diss. de juribus et privileg. dotium illatorum in concursu creditorum tum in genere, tum in specie quoad mulieres judaicas. Gieſs. 1729.) Thiele, (a. a. O. §. 153.) C. Gmelin, (Ordnung der Gläubiger Cap. III. p. 158.) Klüber, (in d. Bibliothek kl. jurist. Schriften Th. 1. S. 485.) Dabelow, (Concurs der Gläubiger S. 246.) Hartleben, (med. ad Pand. Sp. 18. m. 2.) Danz, Handb. des deutsch. PR. Bd. 7. §. 643.) Bülow, und Hagemann, (Erörtr. I. S. 218. VI. S. 208.) Köchy, (Meditationen n. 7.) Kopf, (würtembergische Rechtssprüche S. 413.) Kori, (System des Concurses S. 179.)

Mit=

Mittermaier, (a. a. O.) nimmt solches in dem Falle an, wenn den recipirten Juden alle Privatrechte verliehen sind. Das Gegentheil nehmen an: Merillus, (Lib. III. de pign. quaest. 82.) Lauterbach, (colleg. th. pract. Lib. XX. tit. II. §. 23. T. II. p. 61.) Pufendorff, (observ. jur. univers. T. 1. obs. 208. p. 532.) Cramer, (observ. jur. univers. T. III. obs. 950. p. 676.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. III. Bedenken 68. p. 147.) Walch, (Introduct. in controv. j. civil. p. 780. §. 2.) Runde, (Gr. d. d. PR. §. 643.) Meissner, (v. st. PR. §. 158. 159.) v. Glück (Pandecten=Comment. B. 19. S. 111.)

§. 127.

Die jüdischen Trauungspakten können zum Beweise der Illation des Brautschatzes gebraucht werden.

Nach jüdischem Rechte ist zwischen Verlobungs= und Trauungspacten ein wesentlicher Unterschied. In jenen wird bestimmt, welches Vermögen die Verlobten besitzen, oder von ihren Eltern und Verwandten erhalten, und in die Ehe gebracht werden soll; in letztern aber, welche bei der Trauung und Vollziehung der Ehe selbst errichtet werden, wird angezeigt, in wie weit dasjenige wirklich erfüllt und vollzogen ist, was in den erstern blos vorläufig verabredet wurde, und was sonach wirklich in die Ehe gebracht ist. Sie werden vor dem Rabbiner und zwei Zeugen errichtet und durch Mantelgriff bestätigt. (Mosesmendelsohn Ritualgesetze der Juden S. 173. 177.) Daß nun letztere zum Beweise der Illation des Brautschatzes beim Ausbruche des Concurses über das Vermögen des Mannes gebraucht werden können, ergiebt sich aus folgenden Gründen:

1) muß alles das, was sich auf die Religion und den Kultus der Juden unmittelbar oder mittelbar bezieht, nach dem mosaischen Rechte beurtheilt werden; (s. §. 135.) nach demselben steht aber dem Rabbiner mit Zuziehung der Zeugen, dergleichen Handlungen vorzunehmen zu: sie erscheinen als

jüdische Richter und sonach sind die von ihnen errichteten Verträge eben so gültig, als wenn sie von der chhristl. Obrigkeit aufgenommen sind: dies leidet nur dann eine Ausnahme, wenn Landesgesetze das Gegentheil bestimmen.

2) werden die zweiten Ehepacten öffentlich errichtet, und zwar zu dem Zwecke, um glaubhaft zu beurkunden, daß alles, was in den erstern verabredet worden, auch wirklich vollzegen sei, mithin der Brautschatz erlegt, ausbezahlt und mitgegeben.

3) Nach den jüdischem Rechte und Satzungen der Rabbiner sind die von zwei Zeugen unterschriebenen Ehepacten keine bloßen Privaturkunden, mithin kann auch die Bestimmung des römischen Rechts, (L. 5. 6. 7. C. de probat) auf sie nicht angewandt werden; sie sind vielmehr als öffentliche Urkunden zu betrachten, die vollen Glauben verdienen. (Mosesmendelsohn a. a. O. 111. 119. 128.)

4) Bei Aufnahme der Trauungsacte, worin besonders auch die wirkliche Auszahlung des Brautschatzes erwähnt wird, geschieht alles auf feierliche gleiche Art, es liegt darin eine Art religöser Handlung, und man wendet darauf die besondern jüdischen Rechtsnormen an.

Hiermit stimmen überein: Beck, (v. R. der Juden c. VII §. 21. S. 120.) Hagemann, (pract. Erört. B. 7. n. 73.) Runde, (Gr. des deutschen PR. §. 644.)

Das Gegentheil nehmen an: Pufendorff, (T. I. obs. 96. §. 2.) Struben, (rechtl. Bedenken B. III. 67. §. 2.) vorzüglich deshalb, weil das Zeugniß unbeschworner Zeugen nicht beweise. (L. 9. C. de testib. u. c. X. de test)

§. 128. (M. §. 107. not. VI.)

Den Handelsbüchern jüdischer Kaufleute steht die nämliche Glaubwürdigkeit wie denen der christlichen zu.

1) Daß den jüdischen Kaufleuten im Allgemeinen eben so viel Treue als den christlichen beizulegen, ist wohl unbedenklich. — Diversitas religionis non minuit fidem.

2) Die L. 21. C. de haeret. kann hier keine Anwendung finden, wo man mit einem Privilegium zu thun hat.

3) Es wird aber erfordert, daß das Buch in der gehörigen Form und Sprache geführt ist. Einen analogischen Grund giebt die Reichspolizeiordnung v. 1577. tit. 20. §. 3. (F. G. Schreiber Diss. de invaliditate librorum mercaturam concernentium judaica lingua conscriptorum quod ad probationem Marb. 1766.)

4) Wenn der Jude den Schutz des Staates genießt, und zur Handlung eigens berechtigt ist, so hat das Buch auch die nämliche Beweiskraft wie das der Christen, auch kann letztern nicht überhaupt der Reinigungseid nachgelassen werden. Ist der Jude aber nicht in der Art aufgenommen, daß ihm die Rechte der übrigen Staatsbürger zustehen, so hat das Handelsbuch auch nur gegen Juden Beweiskraft.

Hiermit stimmen überein: Kaiser, (de autonomia judaeorum §. 55.) de Cramer, (Obs. T. II. P. I. Obs. 507.) Seyfert, (d. Reichsprozeß K. XIV. §. 15. S. 268.) Schröter, (Abh. Th. 1. S. 185) Fischer, (Kameral- und Polizeirecht B. 1 § 491.) Ebeling, (Ueber die Beweiskraft der Handelsbücher Hamb 1815. §. 38.) Bender, (Handelsrecht 1 S. 448.) Runde, (Gr. des d. PR. § 643) Pohl, (Handelsrecht 1. §. 156. S. 352.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Pr. LR. 2. 8. §. 585.

Das Gegentheil nehmen an: Horn, (Resp Dresd. 1726. Resp. 87.) Wernher, (T. I. P. I. ob. 193. p. 205.) Berger, (elect. diss. for. Tit. XXII. obs. I. 8. p. 721.) Estor, (bürgerliche Rechtsgelahrth. Th. 3. §. 220. S. 24.) Beck, (vom Rechte der Juden S. 452. 456.) Rosener, (de mercat. hebr. Lpz. 1690. c. 15. n. 79.)

§. 129. (M. §. 107. not. VII.)

Das mit einer Jüdinn von einem Christen erzeugte Kind ist in der Religion der Mutter zu erziehen

Die unehelichen Kinder gehören hauptsächlich der Mutter an, sind ihrer Pflege und Erziehung anvertraut, sonach sind sie auch in ihrer Religion zu erziehen. Hierzu kommt

noch, daß meistentheils der uneheliche Vater ungewiß ist, und der Grundsatz: die Söhne sind in der Religion des Vaters und die Töchter in der Religion der Mutter bis zu dem Unterscheidungsjahre zu erziehen, keine Anwendung findet, auch würde durch das Gegentheil ein Haß gegen die Juden begründet werden.

Hiermit stimmt überein: die Entscheidung der pr. Gesetzcommission vom 24. December 1784. (Kleins Annalen Th. 1. S. 11.) Walis und Schlüter, (juristische Zeitung 1826. S. 11.)

Das Gegentheil ist unter andern angenommen in dem Pr. L.R. Th. 2. tit. II. §. 642. Uneheliche Kinder werden bis zum geendigten 14ten Jahre in dem Glaubensbekenntnisse der Mutter erzogen. §. 643. doch muß, wenn der Vater ein Christ ist, die Mutter aber irgend einer andern Religionsparthei zugethan ist, ein solches uneheliches Kind bis nach zurückgelegten 14ten Jahre in der christlichen Religion erzogen werden.

§. 130. (M. §. 107. not. VIII.)

Die Bestimmung des Reichsabschiedes v. 1551. §. 79. daß Juden die Verträge, welche sie mit Christen eingehen, vor der Obrigkeit der letzteren abschließen müssen, findet keine Anwendung.

1) Das Verhältniß, in welchem die Juden zum Staate und zu den Christen im Mittelalter standen, war von ganz anderer Art, als jetzt. In den Reichsgesetzen werden sie blos als geduldet angesehen, ihnen blos die Rechte der Schutzverwandten gestattet, die, welche das Staatsbürgerrecht gewährt, aber entzogen. In welchem ganz anderen Verhältnisse stehen sie nach Aufhebung der Reichsverfassung, besonders aber nach Errichtung des deutschen Bundes! Es soll ihnen, wie die Bundesacte bestimmt, der Genuß der bürgerlichen Rechte gegen Uebernahme aller Bürgerpflichten in den Bundesstaaten verschafft und gesichert werden.

2) Durch den Artikel 2 der rhein. Conföderationsacte haben die Reichsgesetze ihre verbindliche Kraft verlo-

ren, sonach können die in dem Reichsabschiede enthaltenen beschränkenden Bestimmungen nur da noch gelten, wo sie besonders aufgenommen sind; (wie z. B. in Codex Maximil. Th. 4. Kap. 1. §. 14.)

3) Haben diese Verordnungen niemals in ihrer Ausdehnung in den einzelnen deutschen Bundesstaaten gegolten. Die Beschränkung wegen der Verträge fand nach der Praxis und den Landesgesetzen bei solchen, welche auf öffentlichen Märkten abgeschlossen, oder Handelsverträge waren, keine Anwendung, und wurde vorzüglich nur bei Darlehnsverträgen berücksichtigt. Durch die den Juden ertheilten Schutzprivilegien und derogirende Gewohnheit hatten sie meistentheils ihre verbindliche Kraft verloren.

Hiermit stimmen überein: Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. n. 66.) v. Cramer, (observationes Th. 2. p. 498. 528. Ebend., wetzl. Nebenstunden Th. 29. S. 80.) v. Glück, (P. Coment. Th. 16. §. 1021.) Eichhorn, (Einl. zum deutsch. PR. §. 81. S. 244. 245.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen nach dem ältern Rechte mehrere Rechtsgelehrte an: als Richter, (Decisiones var. dec. 36. n. 12.) Berger, (oecon. jur. Lib. III. tit. IV. §. 1.) Wernher, (Part. IV. obs. 99. n. 3.) Orth, (Anmk. z. franz. Reform. S. 690.) Beck, (Judenrecht c. 12. §. 1.) Thiele, (Jurispr. jud. §. 129.) Schröter, (vermischte Abhandl. Th. 1. S. 196.)

§. 131. (M §. 107. not. IX.)

Die Forderungen christlicher Gläubiger an Christen können an Juden abgetreten werden.

1) Nach dem römischen Rechte (L. 8. 9. C. de judaeis) ist den Juden erlaubt, mit den Christen zu handeln, und nirgends eine Beschränkung vorhanden.

2) Die Reichsgesetze verbieten zwar die Abtretungen; der Reichsabschied von 1555 §. 78. bestimmt:

Es soll auch kein Christ hinförter einem Juden seine action und Schuldverschreibung gegen eine der Christen abkaufen, oder einen Juden als Schuldgläubiger einem

andern Christen solche actionem oder Schuldforderungen in einige Wege cediren, oder eigens contractweise zu stellen, bei Verlust der Forderung.

Dies wiederholt auch die Reichspolizeiordnung von 1577 tit. 20. §. 4. Allein

1) gelten diese Verordnungen nicht mehr als Reichsgesetze allgemein, sondern nur dann, wenn sie in den Particulair Gesetzen aufgenommen sind.

2) können sie nicht auf Schutzjuden angewandt werden, indem der Schutzbrief ein Privilegium ist.

3) Zu der Zeit, wo die Reichsgesetze noch volle Kraft hatten, konnten diese Verordnungen nicht auf Handelsforderungen, kaufmännische Geschäfte und Indoßamente bei Wechseln bezogen werden. (Püttmann, Gr. d. Wechselrechts §. 24.)

4) Auch können diese Verordnungen da nicht zur Anwendung kommen, wo kein Betrug oder Hinterlist zu besorgen ist; denn dies war vorzüglich der Grund des eichsgesetzlichen Verbots.

Hiermit stimmen überein: Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 645.) Kapf, (würtemb. Rechtssprüche S. 403.) Haubold, (Königl. sächs. Privatrecht §. 112.) Mittermaier, (a a O.), s. a. markgräfl. bayreuth. Verordn. von 5ten März 1787. Bay. Hypothekenordnung §. 53. Würtemb Edict von 1828 §. 6.

Das Gegentheil nehmen an: Lauterbach, (coll. thes. pract. T. I. Lib. 18 tit. 4.) Schilter, (ad. Pand. exerc. XXX. §. 78.) Wernher, (Obs. T. I. P. IV. Obs. 99.) Fratres Becmann, (P. I. n. XXXI.) Schröter, (Abh Th. 1. S. 209.) Oberbeck, (Meditationen üb. versch. Rm. B. 3. n. 161.) Glück, (Pand. Comm. Th. 16. S. 481.) Eichhorn, (Einleitung zum deutschen PR. §. 81. S. 245.) Mühlenbruch, (Cession der Forderungen, Greifsw. 1817. §. 34. S. 368.) Samhaber, (in v. Zurrhein Beitr. zur Gesetzgeb. B. 2. n. 13. s. a. die sächsische Verord. vom 1. Aug. 1811. nach welcher diese Bestimmung unter gewissen Beschränkungen zur Anwendung kommt.

Die Gründe zur Unterstützung dieser Meinung sind vorzüglich:

1) Die Reichsgesetze a. a. O. bestimmen diesen Satz ohne Einschränkung, und es ist ganz unrichtig, wenn angenommen wird, daß er sich blos auf wucherische Contracte erstrecke.

2) Die Ausnahme, welche wegen der Wechselforderungen gemacht wird, ist höchst willkührlich.

3) Die Verordnungen sind auch auf Schutzjuden zu beziehen, denn es ist nicht abzusehen, warum dieses Verbot mit denjenigen Rechten, welche die Juden durch den Schutzbrief erhalten, nicht bestehen soll.

Allein was den ersten Grund betrifft, so ist er ganz unrichtig, denn der Reichsabschied von 1559. §. 78. bestimmt ja deutlich, daß dieses Verbot sich auf die wucherischen Contracte bezieht, denn es heißt hier: Neben dem erfindet sich, daß auch die Juden solche unbillige Schulden und Andrehungen, die sie auf die armen Christen mit höchster Beschwerde und ungebührlichem Vortheil erlangt haben, andern Christen verkaufen, und die Verschreibung auf die Käufer stellen lassen; u. s. w.

Wollte man annehmen, daß sich diese Verordnung auch auf Handelsgeschäfte bezöge, so würde dadurch die größte Verwirrung entstehen, und jüdische Handelsleute beinah nicht im Stande sein, ihre Geschäfte ordentlich zu betreiben. Der dritte Grund braucht keine Widerlegung, indem die landesherrlichen Schutzbriefe den Juden überhaupt zu Handelsgeschäften und zu erlaubten Geschäften berechtigen.

§. 132. (M. §. 107. not. x.)

Der Jude kann in einem Prozeß gegen einen Christen einen nothwendigen Eid leisten.

Daß in Prozessen eines Juden mit dem Christen jener zum Erfüllungseide zugelassen werden kann, ergiebt sich daraus, weil nach der L. 8. C. de judaeis in Prozessen die Gesetze für beide Religionsverwandte gültig sind. Hier-

mit stimmen überein: Mencken (Diss. de judaeo jurisjurandi suppletorii haud incapaci, Vit. 1782.) v. Glück, (P. Comment. Th. XII. S. 118.) Heisler, (jurist. Abhandl. Th. 3. Abhandl. 3.) Das Gegentheil nehmen an: Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. n. 136.) Wernher, (observ. P. I. obs. 193.) Beck, (Recht der Juden S. 498.) doch läßt solcher den Erfüllungseid dann zu, wenn er 1) durch eine besondere Gewohnheit eingeführt; 2) wenn der Jude mehr, als zur Hälfte erwiesen hat: 3) wenn er von unbescholtenem Rufe ist.

§. 133. (M. §. 107. not. xi.)

Die Ableistung des Eides braucht nicht immer in der Synagoge zu geschehen.

1) Es ist kein Gesetz vorhanden, welches bestimmt, daß die Ableistung des Eides in der Synagoge geschehen müsse. Blos weil die Feierlichkeit der Handlung durch das Ehrwürdige des Ortes vermehrt wird, und der Eindruck, welchen die Synagoge auf das Gemüth eines Juden hervorbringen kann, veranlaßte, es als Regel anzunehmen, daß die Ableistung des Eides in der Synagoge erfolgen müsse.

2) Es ist unrichtig, wenn angeführt wird, daß die Thora nicht aus der Synagoge gebracht werden darf, oder die Tafel, worauf das Wort Adonai steht, welche vor dem Vorsänger in der Synagoge sich befindet. Denn was erstere anbetrifft, so kann solche in dringenden Fällen von einem Orte zu dem andern gebracht werden, und die Stelle der letztern kann jedes Buch vertreten, in welchem der Name mit seinen Mitlautern steht.

3) Kann der Zeugeneid eines Juden auch außerhalb der Synagoge abgenommen werden; (s. unter andern die Pr. Gerichtsordn. Th. 1. tit. 10 §. 346. n. I.)

4) Ist es gestattet in dringenden Fällen, unter andern wegen Krankheit, den Eid in der Wohnung des Juden abzunehmen, jedoch sind auch hier die gewöhnlichen Feierlichkeiten zu beobachten. (Wegen dieser s. Klein,

Annalen Bd. 13. S. 290. Stengels Beitr. Bd. 10. S. 345.)

Ohne weitere Einschränkung bejaht diese Frage [a]) Hagemann, (pract. Erörtr. Bd. 6. n. 51.) mit Beschränkung: das Gutachten des jüdischen Gerichts zu Berlin vom 15ten Aug. 1805 (in Mathis jurist. Monatsschrift. Bd. 2. S. 39.)

Die Meisten nehmen das Gegentheil an: als Terlinden, (Gr. d. pr. Judenrecht S. 296.)

a) S. a. über den Judeneid von Wolf, Oberprediger der israelitischen Gemeinde zu Koppenhagen: in Weiß Archiv d. Kirchenrechtswissenschaft. (Frankf. 1830) Bd. 1. n. 6.

§. 134. (M. §. 107. not. XII.)

Das Zeugniß eines Juden gegen einen Christen ist gültig.

1) Wenn es in der L. 21. C. de haereticis heißt: contra orthodoxos litigantes nemini (judaeo) esse in testimonio communionem: so ist dieses eine Verordnung, welche sich auf den Haß gegen die Juden gründet.

2) Es beruht auf unrichtigen Voraussetzungen, wenn angenommen wird, daß die jüdische Religion den Juden unbedingt zu falschen Aussagen gegen die Christen berechtige, daß der Jude von der Verbindlichkeit des Eides am Versöhnungstage, und zwar durch das Kol-, Nedro-Gebet befreit und losgesagt werde. [a]) Dies läuft gegen die Vermahnungsformel, welche im Talmud vorgeschrieben, nach welcher der Israelit von einem falschen Eide keine Vergebung erflehen kann, und das Ganze beruht auf mißverstandenen Stellen des Talmud. (Bodenschatz kirchliche Verfassung der Juden Th. 2. c. 5 §. 10 und Wolf über Judeneid; in Weiß Archiv d. Kirchenrechtsg. B. 1. n. 6. S. 167.)

a) Das Gebet geht nur auf solche Schwüre, wodurch Jemand nach Art eines Gelübdes aus eigener Bewegung und für sich selbst etwas gelobt.

Wenn Landesgesetze nicht das Gegentheil bestimmen, so ist der Zeugeneid eines Juden eben so gültig, wie der eines Christen. Nach d. Pr. Gerichtsordn. Th. 1. tit.

10. §. 230. n. 12. und nach dem Codex bav. jud. C. X. §. 11. n. 5., ist ein Jude in gedachten Streitigkeiten kein vollgültiger Zeuge.

Hiermit stimmen überein: Heisler, (jurist. Abhandl. Th. 3. Abh. 3.) de Cramer, (Judaei pro Judeo contra christianum ad testimonium admittendi sunt, quando suspicio false seu perjurii cessat in Obs. T. II. p. 1. obs. 568.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR. § 643) Gutachten des Oberrabbiner zu Berlin von 22sten Jul. 1820. Mittermaier (a. a. O.) vergl. Muhlert: Kann der Eid eines Juden verbindlich seyn? Leipz. 1822.

Das Gegentheil nehmen an: Auerbach, (Praes. Kaestner, de teste judaeo. Lpz. 1739 p. 5.) Beck, (Recht d. Juden S. 436.) Struben, (rechtl. Bedenken Bd. 3. n. 67.) Hymmen, (Beitr. Bd. 1. S. 37. n. 3.)

Eichhorn, (Einl. z. d. PR. §. 81.) nimmt an: daß ein Jude in einem Rechtsstreite des Christen mit einem andern Juden zum Zeugen wider den Christen nicht, wohl aber für den Christen wider den Juden vorgeschlagen werden könne, und nur dann eine Ausnahme statt finde, wenn ein Jude mit der Freiheit, wie solche christlichen Banquiers bei rechtlichen Angelegenheiten vor und außer Gericht genießen, besonders privilegirt sey.

§. 135. (M. §. 108. not. I.)

Das mosaisch-talmudische Recht gilt in allen, was unmittelbar oder mittelbar mit der Religion in Verbindung steht, nicht aber der Regel nach in bürgerlichen Angelegenheiten.

Was 1) diejenigen Angelegenheiten der Juden betrifft, welche unmittelbar oder mittelbar mit der Religion derselben in Verbindung stehen, so ist die Anwendung der mosaisch-talmudischen Rechte darum unbedenklich, weil sonst die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die doch eine wesentliche Folge der Aufnahme und Duldung der Juden im Staate ist, auf widerrechtliche Art gekränkt und geschmälert würde. Dieser Satz ist daher unbestritten.

2) Was die bürgerlichen Angelegenheiten der Juden betrifft, so können, wenn nicht Landesgesetze andere Bestimmungen enthalten, die mosaisch-talmudischen Rechte der Regel nach angewendet werden: denn das römische Recht bestimmt in L. 8. C. de judaeis: Judaei comuni romano jure viventes in his causis, quae tam ad superstitionem eorum, quam ad forum et leges ac jura pertinent, adeant solenni more judicia, omnesque romanis legibus conferant et excipiant actiones.

Sonach müssen die Juden, als Unterthanen christlicher Obrigkeiten, in bürgerlichen Angelegenheiten mit den übrigen Unterthanen so lange nach gleichen Rechten beurtheilt werden, als sie nicht eine besondere ihnen zu Theil gewordene Exemtion darzuthun im Stande sind.

Diese Regel leidet aber

a) in Streitigkeiten der Juden und Christen dann eine Ausnahme, wenn die Nichtbeobachtung der angeführten Gesetze einen widerrechtlichen Zwang in Religionssachen enthalten würde: unter andern wenn der Jude verpflichtet werden sollte, am Sabbath einer bürgerlichen Verpflichtung nachzukommen, sich an diesem Tage über die Präsentation eines Wechsels zu erklären: (s. Pr. L. R. Th. 2. 8. §. 989. 990.)

b) in Streitigkeiten der Juden unter sich, wenn sie von der ordentlichen Obrigkeit entschieden werden, wenn

1) das gemeine bürgerliche Recht einzelne Verhältnisse nach den Grundsätzen der Religionsparthei beurtheilt,

2) autonomische Dispositionen die Anwendbarkeit des jüdischen Rechts besonders begründen: wohin unter andern die Anwendung der jüdischen Ehepacten gehört.

Im Ganzen genommen stimmen die Meisten mit diesen Grundsätzen überein: nur nicht darin, daß Streitigkeiten der Juden auch nach den Landesgesetzen zu beurtheilen sind: welche Meinung annehmen: Kayser, (Diss. de autonomia Judaeorum Giess. 1739.) Danz, (Handbuch des deutsch. Privatr. Bd. 7. S. 225.) Eichhorn, (Einl. zum deutsch. Privatrecht §. 82.) Mittermaier (a. a. O.)

Das Gegentheil behauptet: Beck, (v. jüd. Recht Cap. IV. §. 4. S. 38.) v. Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 5. K. 20. §. 3.) Schröter, (Abhandlungen I. S. 152.) Thiele, (jurispr. jud. §. 27.)

Die Particulair-Gesetze enthalten abweichende Bestimmungen.

Nach dem pr. Edict §. 20. sind die privatrechtl. Verhältnisse der Juden nach den Gesetzen zu beurtheilen, welche andern Unterthanen zur Richtschnur dienen. Ausnahmen finden aber bei solchen Handlungen und Geschäften statt, welche wegen Verschiedenheit der Religionsbegriffe und des Kultus an besondere gesetzliche Bestimmungen gebunden sind.

Nach dem baierischen Edict §. 30. finden die Landesgesetze überhaupt auf die Juden Anwendung, in so fern nicht besondere Ausnahmen in denselben gemacht sind.

Nach der hildburgh. Verord. §. 4. sind alle Angelegenheiten der Juden unter sich und Nichtjuden nach den Landesgesetzen zu beurtheilen; nur was die Ausübung der Religion, und ihre Familienverhältnisse betrifft, finden die Vorschriften des mosaischen Rechts statt.

§. 136. (M. §. 108. not. II.)

In Ehesachen der Juden ist die Form der Ehe und die Gründe der Ehescheidung, nicht aber die Ehehindernisse überhaupt nach dem jüdischen Rechte zu beurtheilen.

Die Ehesachen gehören nach jüdischen Rechten nicht zu den geistlichen, sondern weltlichen bürgerlichen Geschäften und würden sonach auch nach den Landesgesetzen zu entscheiden seyn. Da aber die Religion auf solche großen Einfluß hat, so muß die Form der Ehe, dann die Gründe der Ehescheidung hiernach beurtheilt werden.

Dagegen sind die Ehehindernisse nicht blos nach jüdischem Rechte zu beurtheilen, sofern die darüber bestehenden allgemeinen Bestimmungen den bürgerlichen Rechten angehören. (L. 7. C. de judaeis)

Hiermit stimmen überein: Böhmer, (J. eccl. Prot. Tom. IV. Lib. V. Tit. VI. §. 59.) Brunnemann, (ad Cod. ad L. 7. C. de judaeis.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. B. 65.) Danz, (Handbuch B. 7. S. 227.) Schröter, (Abh. 1. S. 115.) Eichhorn, (Einleitung zum deutschen PR. §. 82. S. 249.) s. a. hildburgh. Verord. §. 5. — in Ehesachen wird von dem Richter ein Rabbiner zugezogen; s. dagegen die Badische Verord. §. 11. wo es heißt: in Ansehung der jüdischen Ehen, mithin auch der Ehescheidungen, der verbotenen Grade, müssen in Zukunft mit alleiniger Ausschließung der Trauungsceremonien, alle für unsere christl. Unterthanen vorhandenen Gesetze gelten.

§. 137.

Die Ehe, welche jüdische Eheleute nach dem Uebertritte des einen Ehegatten zur christlichen Religion fortsetzen, ist gültig.

Die Ehe eines Juden mit einer Christinn ist im Allgemeinen verboten [a]) (L. 6. C. de judaies.)

a) Nach der weimarischen Judenordn. vom 20sten Juni 1823. §. 15. und nach dem mecklenburgischen Edict von 22sten Febr. 1812. §. 12. erlaubt. — Das französische Sanhedrin (Merlin resp. VI. p. 656) bemerkt, daß eine solche Ehe nach der Meinung der Rabbiner ungültig sey. — Verboten wurde sie am Ueberrhein durch das General-Gouvernement von 22sten Aug. 1814. Nach dem Pr. Landrecht Th. II. tit. 1. §. 715. §. 951. ist eine solche Ehe nichtig. Die Ehe eines zur christlichen Religion übergegangenen jüdischen Ehegatten, mit der bei der jüdischen Religion bleibenden, ist aber rechtlich gültig:

1) nach Vorschrift der Bibel 1 Korinth. 7, 12. 13. 14.: So ein Bruder, der ein ungläubiges Weib hat, und dieselbe läßt es sich gefallen, bei ihm zu wohnen, der scheide sich nicht von ihr.

2) Nach dem canonischen Rechte C. VII. c. 28. 9. 1. c. 7. x. de divort. c. 8. eod.

Hiermit stimmen überein: Spener, (theol. Bedenken P. 4. C. 7. art. 6. sec. 7.) Lauterbach, (colleg. theor. pract. tit. de divort. §. 14.) Schneidwin, (ad Inst. tit. de nupt. P. IV. n. 21.) Böhmer, (Jus eccl. Prot. Lib. III. tit. 33. §. 65.) Beck, (Recht der Juden

Cap. VII. §. 29.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 1. c. 6. §. 8.) s. a. österreichisch. Gb. §. 136.

Dagegen nehmen Einige an, daß die Ehe zu trennen sey: Farinac, (Prax. cameral. quaest. 139. n. 40.) Hostiensis, (ad rubr. de convers. infid. n. 2.) und berufen sich auf den Can. 10. C. XXVIII. 9. 1. Carpzov, (Jurisp. const. Def. 7 n. 7.) hat sie hinlänglich widerlegt.

Noch Andere verlangen bloße Absonderung der Eheleute ohne förmliche Trennung, als: Eybel, (Introd. in jus eccl. cath. L. 2. c. 13. §. 370.) Klüpfel, (Diss. Tertulliani mens de indissolubilitate matrimonii infidelium altero converso in oblect. j. eccl. Freyb. 1776.) Schosser, (Diss. de dissolubilitate matrimonii Freyb. 1760.) Ursala, (de conjuge infidelium facto fideli Bamb. u. Würtzb. 1753.) Schott, (Eherecht §. 217. S. 511.) Ob es aber nicht zweckmäßig sey, eine solche Ehe zu trennen, ist eine andere Frage!

§. 138.

Ist der alleinige Grund der Ehescheidung der, daß einer der jüdischen Glaubensgenossen zur christlichen Religion übergetreten, so kann die Ehe deßhalb nicht getrennt werden.

Die Ehe zwischen dem jüdischen Ehegatten und dem zur christlichen Kirche übergetretenen ist gültig. Da dieses ist, so muß auch ein anderer Grund der Ehescheidung vorhanden seyn, als der Uebertritt zur christlichen Religion, wohin auch die Abneigung gegen einen solchen Convertirenden nicht zu zählen ist. Hiermit stimmen überein: Böhmer, (Jus eccl. Prot. T. 3. lib. 3. tit. 33. §. 65.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 4. B. 141.) Richter, (jus matr. judaeorum in germania tam inter se, tam si alter conjux ad sacra christ. transit Lpz. 1757.) Oberbeck, (Meditationen über verschiedene Rechtsmat. B. 4. med. 263.) Der entgegengesetzten Meinung sind: Hostiensis, (in conservat. inf. L. 3. p. 265.) Bellarminus, (de matrimonio C. 12. §. 2. c. 14. §. 15.) s. a. Win=

kopp, (rh. Bund, Heft 67. n. 2. S. 61.) sie berufen sich auf den can. 10. c. 28. 9. 1. c. 15. c. 28. 9. 1. c. 17. c. 28. 9. 1. Allein diese Bestimmungen sind mit dem neuern canonischen Rechte c. 7. c. 8. X. de divort. im Widerspruch, und haben kein gesetzliches Ansehn.

§. 139.

Wenn der Jude zur christlichen Religion übertritt, die Frau aber nicht und die Ehescheidung erfolgt, so ist der Mann verbunden, ihr einen Scheidebrief in der Form zu geben, wie sie die jüdischen Gesetze erfordern.

Denn 1) bei jeder feierlichen Handlung ist auf die Form zu sehen, welche die Gesetze vorschreiben;

2) Bei religiösen Handlungen ist auf die Gebräuche der Kirche Rücksicht zu nehmen, zu welcher derjenige gehört, für den Rechte und Verbindlichkeiten aus dieser religiösen Handlung enspringen sollen;

3) Würde für die jüdische Ehegattinn der große Nachtheil entstehen, wenn der Mann nicht hierzu verbunden wäre, indem sie dadurch gehindert würde, eine anderweitige Ehe einzugehen; denn zur förmlichen Trennung der Ehe ist die Gebung des Scheidebriefs nothwendig.

§. 140. (M. §. 108. not. III.)

In Erbschaftssachen findet das jüdische Recht im Allgemeinen Anwendung.

Die Successionsrechte der Juden stehen zum Theil mit der Religion und dem ehelichen Verhältnisse in Verbindung und enthalten zu große Abweichungen von dem gemeinen Recht, als daß man solche aufheben könnte.

Hiermit stimmen überein: Marquard de Susannis, (Tr. de judaeis Part 2. c. 4. n. 5.) Tabor, (consult. et decis. resp. 38. n. 8.) Hildebrand, (de jurisdict. univers. C. 18. obs. 2) Seldeni, (Tr. de success. ex legib. hebr. prol. p. 4.) Beck, (Recht der Juden C. 4. §. 4. C. 16. §. 5.) Thiele, (Jurispr. judaica §. 185.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 644.)

v. Geiger u. Glück, (Rechtsfälle B. 2. n. 29.) Eichhorn, (a. a. O. §. 82.) Mittermaier (a. a. O.) läßt solches nur beschränkt zu, nämlich in dem Falle, wo die Contrahenten sich vertragsmäßig dem jüdischen Herkommen unterworfen haben.

Auch bestimmen solches die preußischen und österreichischen Gesetze. In der badischen Verordnung §. 13. heißt es: da die Juden ihren bisherigen Gebrauch, daß die erstgeborenen Söhne allemal einen doppelten Erbtheil, die Töchter hingegen von den Vätern einen beliebigen Ausspruch erhalten, für ein in ihrer Religion begründetes Recht angesehen, so soll es dabei ferner verbleiben.

Das Gegentheil nehmen an: Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. B. 65.) Homel, (Raps. quaest. obs. Vol. IV. 556.) v. Bülow und Hagemann, (Erört. B. 5. n. 23.) Danz, (Handbuch Th. 7. S. 225.)

Da jene Meinung die richtigere ist, so hat auch das männliche Geschlecht den Vorzug vor dem weiblichen; hinterläßt jemand keine Kinder, noch Vater, so kommen die Brüder ohne Unterschied zwischen halber und voller Geburt zur Folge, mit Ausschluß der Schwestern. Michaelis, (mos. R. Th. 2. §. 78.) Mosesmendelsohn, (Ritualgesetze der Juden Abth. 1. §. 1. 3.)

§. 141.

Juden können durch Testament einer causa pia etwas vermachen.

1) Wenn gleich den Juden im Verhältnisse zu den Christen beschränktere Privatrechte zustehen, so haben sie doch die Befugnisse Verträge abzuschließen und testamentarische Verfügungen zu machen. (Stryck, de caut. test. c. 10. §. 2.)

2) Testamenta ad pias causas gehören zu den besonders priviligirten, so daß mehrere Rechtslehrer solche selbst in dem Falle gelten lassen, wenn sie aus Aberglauben oder Impietät gemacht sind. (Rechenberg, de eo quod in piis causis impium est. Vit. 1710. Sect. 1. §. 2. Hellfeld jurisp. for. §. 1479.)

3) Der

3) Der Grund des Privilegiums eines testamenti ad pias causas ist nach dem cap. 2. X. de testamentis, der, weil die Einkünfte der christlichen Kirche hierdurch vermehrt werden können; diese Absicht wird aber nicht erreicht, wenn ein Jude zum Vortheil der Synagoge oder einer jüdischen pia causa eine letztwillige Verordnung macht, sonach scheint es, daß eine solche Verfügung nicht unter jenem Privilegium begriffen ist. Allein da die Juden nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind, so kann man dies nicht annehmen. Ueberdies sind die den testamentis ad pias causas zukommenden Prilegien nicht den testirenden Personen, sondern der causa, zu deren Vortheil testirt wird, gegeben, daher es ratione legis ganz gleich ist: ob ein Jude zum Vortheil einer, nach seinen Grundsätzen pia causa testirt, oder ein Christ, vorzüglich alsdann, wenn dadurch kein Nachtheil für die christliche Gemeinde entsteht.

4) Würde es sehr intolerent seyn und einen unzeitigen Religionseifer verrathen, wenn man die Juden ausschließen wollte, zum Vortheil einer pia causa tali modo zu testiren, und auch selbst gegen die in Art. 16. der deutschen Bundesacte enthaltenen Bestimmungen anstoßen.

Dieser Meinung sind: v. Zangen, (Beiträge, Gießen 1788. Th. 1. S. 126.) Hartleben, (Med. ad P. Vol. 3. Fasc. 1. Sp. 19. n. 16.) Müller, (Promptuarium jur. nov. T. VI. p. 380.)

Dagegen nehmen Böhmer, (Jus eccl. Prot. Lib. V. tit 6. §. 44. p. 779.) Carpzov, (in Const. P. 3. const. 13. Def. 36.) Müller, (ad Struv. Exercit. 25. tit. 4.) Roßmann, (in Schott jurist. Wochenblatt Jahrgang 3. n. 33.) darum das Gegentheil an, weil

1) das Privilegium nur dann statt hat, wenn eine christliche causa pia eingesetzt ist, oder die letztwillige Verordnung zum Vortheil der Geistlichkeit gereicht;

2) weil die Synagogen nicht die Rechte der christlichen Kirchen genießen, nicht nach der L. 8. c. de haered. inst. zu Erben eingesetzt werden können, sonach auch von der christlichen pia causa kein Schluß auf jene zu machen ist.

Allein diese Gründe sind von wenigem Gewicht: denn

1) ist nicht ausdrücklich bestimmt, daß der alleinige Grund des Privilegiums favor ecclesiae christianae ist; gesetzt aber auch, dies wäre wirklich, so kann doch ein anderer Grund, nämlich der favor moribundorum angenommen werden, der eben so gut auf die Juden als auf die Christen paßt; denn daß öfters eine pia causa darum eingesetzt wird, um gewiß zu seyn, daß der Wille des Testators desto sorgfältiger erfüllt werde, lehrt die tägliche Erfahrung.

2) gehören die Synagogen doch nicht zu den verbotenen Gemeinheiten, es kommen denselben manche Rechte zu: so genießen sie, nach der richtigen Meinung (Gmelin Concurs d. G. C. 2. §. 8. S. 110. Claproth Einl. z. sämt. summarischen Prozessen §. 396.) beim Concurs, der über das Vermögen ihres Administrators ausbricht, das nämliche Vorrecht, welches den frommen Stiftungen zukommt. — Uebrigens bezieht sich die L 8. C. de haered. inst. nicht blos auf die Christen, und kann nicht auf die Juden ausgedehnt werden, um so mehr, da die Rechtsregel gilt: quod odiosa stricte sint interpretanda. (C. 15. de Reg. jur. in 6to) und überhaupt die römischen Gesetze, welche die Juden betreffen, aus Haß gegen solche gegeben sind, welcher jetzt wegfällt.

§. 142. (M. §. 108. not. VI.)

Streitigkeiten der Juden unter sich können von dem Rabbiner nach mosaisch talmudischen Gesetzen entschieden werden.

1) Daß den Rabbinern die Befugniß zusteht, Streitigkeiten ihrer Glaubensgenossen nach jüdischen Gesetzen als Schiedsrichter zu entscheiden, [a]) ist in den L. 8. C. de judaeis deutlich bestimmt.

Si qui vero ex his communi pactione ad similitudinem arbitrorum apud Judaeos in civili duntaxat negotio putaverint litigandum: sortiri eorum judicium jure publico non vetentur. Eorum etiam sententias judices exequantur, tanquam ex sententia cognitoris arbitri dati fuerint. — Nur die Beschränkung in der

L. 15. C. eod. Si qua inter Christianos et Judaeos sit contentio; non a senioribus Judaeorum sed ab ordinariis judicibus dirimatur.

Hiermit stimmt auch der deutsche Gebrauch überein: (Eichhorn Reichs- und RG. §. 350. not. i, de Ludewig, reliq. manuscript. T. 10. p. 254. Hontheim, hist. Trevir. Diplom. T. 2. p. 762.)

a) Ueber die Form eines solchen Erkenntnisses s. Stengel Beitr. V. S. 185.

2) Durch Privilegien haben die Rabbiner häufig die Befugniß erhalten, daß in gewissen Sachen der Beklagte sich vor ihnen einzulassen verpflichtet ist, und nur der Recurs oder Appellation an die Landesgerichte beiden Theilen gestattet wird. (Böhmer, de officio et potestate rabbini provincialis in terris brunsvic.-luneb. Goett. 1750. in dessen elect. jur. civil. T. 3. n. 23. Schröter, Abhandl. 1. S. 153.) Wenn gleich dadurch die Rabbiner keine wahre Gerichtsbarkeit erhalten, so sind sie doch zu einem ausgedehntern Gebrauche des Gerichtszwangs berechtigt.

3) Den Partheien steht überhaupt die Befugniß zu, in allen Gegenständen, welche nicht besonders ausgenommen sind, Schiedsrichter zu wählen, von deren Ausspruch an den ordentlichen christlichen Richter appellirt werden kann, der dann, weil der Rabbiner nach jüdischen Rechten zu entscheiden hat, auch verpflichtet ist, hiernach sein Urtheil zu fassen.

4) Diese Befugniß der Rabbiner ist aber beschränkt, theils in Ansehung der Personen, indem sie sich blos auf seine Glaubensgenossen bezieht, theils in Ansehung der Gegenstände. Zu diesen sind zu zählen, alle welche sich auf Glaubens- und Gewissenssachen beziehen, und solche, welche in unmittelbarer Verbindung mit denselben stehen: vorzüglich Ehesachen, obgleich in Ansehung derselben nicht alle Bestimmungen gelten, (als die Abschuhung,) s. Struben, (rechtl. Bed. IV. S. 126.) Beck, (Judenrecht S. 77.) dann die Güterverhältnisse der Aeltern und Kinder, contractmäßige Verhältnisse, selbst Streitigkeiten über die Erbfolge.

5) Entsteht dadurch, indem den Rabbinern diese Befugniß eingeräumt wird, kein Nachtheil, indem die Ausübung derselben immer unter der Aufsicht des Staats geschieht, und die Berufung an die ordentlichen Gerichte geht. Den Juden aber ist es sehr vortheilhaft, wenn ihren Gesetzkundigen die Gerichtsbarkeit zusteht, indem sie eine unbegrenzte Hochachtung gegen ihre eigenen Gerichte haben, und möglichst verhüten, ihre Streitigkeiten an den christlichen Richter zu bringen. (Bodenschatz, kirchl. Verfassung der heutigen Juden. Th. 2. K. 8. §. 1. Anton, Einleitung in die rabbinischen Rechte. K. 1. 2. §. 12.)

Mehrere Rechtslehrer gestatten den Rabbinern die schiedsrichterliche Entscheidung, die Gerichtsbarkeit aber nur dann: wenn sie solche durch Privilegien erhalten haben. Pfeffinger, (vit. illustr. T. III. lib. III. tit. 17. §. 87.) Böhmer, (de officio et potestate rab. provinc. in terris brunsv.-luneb. Goett. 1751. in elect. jur. civil. T. III. exerc. 23. p. 409.) Beck, (Recht der Juden Cap. 4. §. 4. C. 16. §. 5.) v. Kreitmaier, (Anmerkung zum Cod. Max. bav. Th. 5. K. 20. §. 3.) Fischer, (coment. de statu et jurisd. judaeorum Arg. 1763. §. 30. n. 38.) Pfeiffer, (über Patrimonialgerichtsbarkeit S. 257.) Thiele, (jurisp. judaica §. 100.) Danz, (Handb. B. 7. S. 268.) Geiger u. Glück, (Rechtsfälle B. II. n. XXIX.) Eichhorn, (Einleitung zum deutschen PR. §. 82.)

Auch nach mehreren Landesgesetzen steht denselben solche zu: als nach den fuldaischen, (Thomas, fuld. Privatrecht 1. S. 440.) hannöverschen, (Oesterlei, hannöv. Proz. 1. S. 297.) holsteinischen, (Henings, Hülfsbuch für Holstein S. 47.) nach mecklenburgischen, (Both, Sammlungen 1. S. 270.) Gesetzen; nach der Hessen-Darmst. Verord. v. 28. März 1732. nach der Anhalt-Dessauischen Erläuterung zur Prozeßordnung vom August 1822. § 1.

Andere wollen den Rabbinern selbst die freiwillige Gerichtsbarkeit nur dann einräumen, wenn sie solche beweisen können. Struben, (rechtl. Bedenken B. III. n. 65.)

Runde, (Gr. des deutschen PR. §. 644.) Mittermaier, (a. a. O.) In einigen Landesgesetzen ist ihnen auch solche nicht gestattet.

In dem preuß. Edict v. 11. März 1812. §. 20. heißt es: in keinem Falle dürfen sich die Rabbiner und Judenältesten weder eine Gerichtsbarkeit noch eine vormundschaftliche Einleitung und Direction anmaßen.

Bair. Edict vom 10. Juni 1813. § 30. Der Wirkungskreis der Rabbiner wird ausschließlich auf die kirchlichen Verrichtungen beschränkt, und alle Ausübung von Gerichtsbarkeit, unter welchem Vorwande sie immer angesprochen werden wollte, so wie alle Einmischung derselben in bürgerliche oder Gemeindeangelegenheiten wird bei ernstlicher Geld- und Arreststrafe, nach Umständen selbst der Entlassung verboten, wobei sich die Nichtigkeit der Handlung von selbst versteht.

§. 143. (M. §. 109. not. 5.)

Der jüdische Glaubensgenosse ist zwar an sich zum Erwerb eines mit Patrimonialgerichtsbarkeit verbundenen Guts nicht unfähig, er kann aber die letztere nicht selbst verwalten, sondern es muß ein Gerichtshalter ernannt werden.

1) Der Jude ist nach gemeinen Rechten von dem Erwerb der Grundstücke nicht ausgeschlossen.

2) Sind mit diesen Gütern Rechte verbunden, so gehen sie nur dann auf den Juden der Ausübung nach über, wenn er dazu fähig ist.

3) So wenig angenommen werden kann, daß ein Jude kein Lehnsgut erwerben könne, [a]) so wenig ist er auch vom Erwerb der Güter ausgeschlossen, mit welchen die Patrimonialgerichtsbarkeit verbunden ist. Die Erwerbung des erstern kann aber nur unter der Verbindlichkeit, einen Lehnsträger [b]) zu stellen, erfolgen, indem er persönlich unfähig ist, die Lehndienste zu leisten, eben so kann die Erwerbung der letztern nur unter der Verpflichtung, einen Gerichtshalter, Justizbeamten zu bestellen, geschehen, indem er unfähig ist, das Richteramt zu bekleiden, und die Patrimonial-

gerichtsbeamtenstelle auch ein mittelbares Staatsamt ist, das er nicht erwerben kann.

a) Schrader de feudis P. 4. c. 3. n. 7. Beck, Recht der Juden c. 12. §. 32. — S. dagegen Thiele, jurisp. judaica. §. 273. Weber, Handbuch des Lehnrechts Th. 3. §. 100. S. 65.

b) Runde, Beitr. zur Erläuterung rechtl. Gegenstände Th. 1. n. 5. §. 7.

Diejenigen, welche die Patrimonialgerichtsbarkeit als eine persönliche Würde ansehen, deren Zuständigkeit nur an den Besitz eines bestimmten Grundstückes oder Gutes conditionell gebunden ist, wie unter andern: Pfeiffer, (Ueber die Grenzen d. Patrimonialgerichtsb. S. 66.) würden diese Ansicht theilen. Diejenigen dagegen, welche die Patrimonialgerichtsbarkeit als ein bloßes Realrecht betrachten, und annehmen, daß diese damit verbundenen Güter auf jede Person übergehen, welche auch sonst vom Richteramte ausgeschlossen ist: als Grams, (Diss. de foemina jurisdictionem patrimonialem habente. Altorf. 1706.) und Leist, (Staatsrecht S. 446.) würden die Juden überhaupt zu lassen, so wie die, welche sie überhaupt für lehnsfähig halten.

Nach dem würtenbergischen Edict §. 27 ruht die Patrimonialgerichtsbarkeit so lange, als das Gut von einem Juden besessen wird. Nach dem bayer. Recht, in Gemäßheit des Edicts v. 10 Juni 1813 über die jüdischen Glaubensgenossen und Verfassungs Urk. Beil. VI. sind sie wohl als unfähig anzusehen.

Sechste Abtheilung.

Von der Verbindung der Korporationen und von den dadurch bewirkten Verhältnissen.

§. 144. (M. §. 110.)

Die Gesammtbürgschaft beschränkt sich

1) nicht blos auf das Wehrgeld.

Die Gesammtbürgschaft kann als das Verhältniß aufgefaßt werden, wodurch die selbstständigen Gutsbesitzer in eine engere Verbindung sich einschlossen, zur wechselsei=

tigen Vertretung und Beistand sich verpflichten und in Beziehung auf die Gemeinde überhaupt die Handhabung des Friedens garantirten. Die Verbindung ging daher auf Erhaltung des Friedens im Innern, auf wechselseitigen Schutz gegen Feinde, auf Vertretung vor Gericht, auf Haftung wegen der auf dem Gebiete der Genossenschaft verübten Delikte, auf wechselseitige Unterstützung der dürftigen Genossen.

Dieser Meinung ist Mittermaier, (a. a. O. und in der Recension der Schrift: Feuerbach, de fidejussione universa. Erl. 1826. in Schunck Jahrb. Bd. 6. S. 132.) Feuerbach, (a. a. O. p. 25.)

Das Gegentheil nimmt an: Rogge. (Ueber das Gerichtswesen der Germanen. Halle 1820. S. 59.)

2) ist es zweifelhaft, ob sie bei den Franken galt.

Rogge (a. a. O. §. 12.) nimmt solches wegen der L. Salica tit. 31. 63. und wegen des contubernium in Leg. Sal. tit. 45. c. 1. 3. 46. c. 3. an: worunter er eine der angelsächsischen ähnliche Einrichtung der Decenna und des Freoberg versteht. Der entgegengesetzten Meinung ist Feuerbach, (a. a. O. p. 98.) indem er das contuberium als eine Fortsetzung des ältern Comitats betrachtet, s. a Mittermaier (a. a. O. Recension S. 138.)

§. 145. (M. §. 110. a.)

Die Gemeinden sind nicht durch bloße Einrichtungen und Privilegien entstanden.

Dies wird angenommen von Mittermaier, (a. a. O.) und Lancizolle, (Grundzüge der Geschichte des Stadtwesens S. 104.). Das Gegentheil wird von denen behauptet, welche eine allgemeine Theorie für alle Korporationen in dem römischen Rechte zu finden glauben: als Malblanc (de similitudine inter jus municipale wirtenberg et rom. Tub. 1819) und Hufeland, (Lehrbuch d. gem. Civilrechts B. 2. S. 32.)

§. 146. (M. §. 112. a. I.)

Die Befreiung von Communallasten kann durch unverdenklichen Besitz und durch eine qualificirte Verjährung nicht aber durch eine langjährige Nichtforderung erlangt werden.

Die Verbindlichkeit zu den Gemeindediensten und Communallasten beruht in der unter allen Gliedern gemeinschaftlichen Verbindung zu einem vereinigten Zwecke; daher kann sich Niemand wider diese alle Mitglieder treffende Obliegenheit anders in den Besitz der Freiheit setzen als durch seinen Widerspruch und der Uebrigen Adquiescenz, oder durch den Nachweis eines unverdenklichen Besitzes. Von jenem Widerspruch fängt die gewöhnliche, gegen Gemeinden statt habende Verjährung zu laufen an.

Dieser Meinung sind: Wernher, (Part. I. obs. 274.) Thibaut, (Ueb. Besitz u. Verjährungen §. 60.) Böhmer, (Rechtsfälle B. 1. n. 46.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 249. not. 4.) Der entgegengesetzten Meinung, so daß die bloße Verjährung hinreiche, sind: Rave, (doctr. de praescript. §. 116. not. h. p. 256.) Hofacker, (Princip. jur. rom. §. 871.) Müller, (ad Leyser, obs. 449. n. 601.)

§. 147. (M. §. 113. not. 4)

Das Gemeindevermögen ist kein mittelbares Staatsvermögen.

Das Gemeindevermögen kann nicht als ein allgemeines Staatsvermögen betrachtet werden;

1) weil dem Staate das Oberaufsichtsrecht über solches zusteht: dies kommt ihm auch über das Vermögen der Minderjährigen zu, und Niemand wird das der letztern als ein mittelbares Staatsvermögen ansehen.

2) nicht vermöge eines Miteigenthumsrechts des Staats an diesem Vermögen, so daß der Staatsgesellschaft der genießende und vollziehende Theil des Eigenthums, dem Staate aber der dirigirende Theil zukomme, indem wenn jenes angenommen wird, der Staat in gewissen Fällen zu

einer einseitigen Verfügung und Verwaltung berechtigt seyn würde, welches nicht anzunehmen ist.

2) Aus dem Staatsnothrecht (dominium eminens) läßt sich solches auch nicht deduciren, indem dies kein Obereigenthumsrecht involvirt, (Hoppe in Crome's und Jaup's Germanien B. 1. St. 3. n. 16. S. 449.)

Hiermit stimmen überein: Klüber, (öffentl. Recht des deutsch. Bundes § 334.) und Mittermaier, (a. a. O.)

Das Gegentheil nehmen an: Grotius, (de j. belli ac pacis P. II. 3. 19.) v. Steck, (Ausführungen einiger gemeinnütziger Materien. Halle 1784. S. 22.) Brauer, (Abhandlung. zur Erläuterung d. westph. Friedens 11. 10.) Jargow, (von Regalien §. 467.) Das Vermögen der Klöster, der Bildungs- und Wohlthätigkeitsanstalten wird von Gönner, (deutsches Staatsrecht §. 415. VIII.) als Staatsgut angesehen.

§. 148. (M. §. 113.)

Die Gemeindeherrschaft ist keine wahre Gerichtsbarkeit.

Wenn gleich die Gemeindeherrschaft öfters jurisdictio genannt wird, so ist doch die Gerichtsbarkeit selbst der Regel nach kein Bestandtheil derselben: denn jene enthält vorzüglich die Befugniß, Dorf- und Gemeindeordnungen abzufassen, Grundverbote in Gemeindesachen ergehen zu lassen, Gemeindeämter zu besetzen, Polizei zu verwalten und die Aufsicht über die Gemeindegüter zu führen. (Siebenkees Beitr. z. d. R. Th. 1. S. 207.) Die Gemeindeherrschaft muß daher, wenn sie zugleich die Jurisdiction als eine ihr zustehende Befugniß in Anspruch nimmt, diese beweisen, und kann sich nicht auf nur allgemeine Gewohnheit berufen. Hiermit stimmen überein: Pufendorff, (de jur. germ. P. 3 t. 1. c. 1. §. 4.) Gabkens, (Dorfrecht § 18.) Bülow und Hagemann, (Erörterung. B. 1. N. 50) s. dagegen Teuffel, (Diss. de jurisd. com. Cap. II. §. 1.)

§. 149. (M. §. 115. not. I.)

Gemeindesachen können durch Gemeindeschlüsse regulirt werden, welche durch Mehrheit der Stimmen zu Stande kommen.

1) Gemeindesachen sind diejenigen, wo entweder die Gemeinde als solche, oder die Güter derselben betheiligt sind, oder wo das gemeinschaftliche Interesse beider in Frage steht.

2) In der L. 160. D. de reg. jur. ist gesagt: referatur ad universos, quod publice fit per majorem partem. Diese Regel erklärt die Stimmenmehrheit zum positiven Gesetz aller Gesellschaften, und kann nicht so gedeutet werden, daß sie nur dann Anwendung findet, wenn schon von dem größern Theile ohne Widerspruch des Geringern etwas geschehen ist; das Gesetz ist unbedingt allgemein und es findet sich nicht die geringste Andeutung auf jene Supposition. S. a. in L. 19. D. ad municipal. heißt es: Quod major pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint.

3) Der Sachsenspiegel bestimmt in B. II. Art. 55.

„Was der Bawermeister umb des Dorfs frommen willen setzet, oder mit vorwilligung der meisten mennige der Bauren schaffet, das mag der mindere Theil nicht widersprechen."

4) Ob Stimmenmehrheit überhaupt ein natürliches und nothwendiges Gesellschaftsrecht ist, kann man dahin gestellt seyn lassen. Verneint wird solches von mehreren Naturrechtslehrern z. B. Hofbauer, (Naturrecht §. 382. dann, in den Untersuchungen über wichtige Gegenstände des Naturrechts S. 214.) von Schmalz, (Handbuch der phil. Rechtslehre S. 181.) bejaht von Grotius, (de jure b. ac p. Lib. II. c. 5. §. 17.) von Schlettwein, (Rechte der Menschheit §. 213.) Genug, der Grundsatz ist im positiven Rechte angenommen (s. n. 2. 3.) auch bestätigt solchen die Bundesacte in Art. 7. und mehrere Particulair-Gesetze: Pr. Landrecht Th. 2. tit. 6. §. 51. 69. bair. Edict über die Verf. d. Verwalt. d. Gem. von 1818. §. 38. würtemb. Edict von 1822. §. 19. 65.

5) Das Cap. 29. 56. de reg. jur. in 6to, L. 28. de com. dividendo stehen nicht entgegen, indem hier nicht von Gemeindesachen, sondern von jura singulorum die Rede ist, bei welchen alle Interessenten nur durch ihre Erklärung, nicht aber durch Stimmenmehrheit verbunden werden können. (Struben, rechtl. Bedenken B. V. 30.)

Hiermit stimmen überein: v. Ende, (vermischte Abhandl. Th. 1. n. 10.) Thibaut, (civilist. Abh n. 18.) Eichhorn, (Einleitung §. 373.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Günther, (rechtl. Bemerk. Th. I. n. 22.) Bülow und Hagemann, (Erört. B. 3. n. 20.) Runde, (Beiträge B. 1. n. I. S. 26.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 94.) vergleiche Gaudlitz, (de finib. inter jus singul. et univers. C. 3. 4.)

§. 150. (M. §. 115. not. II.)

Zu einem Gemeindeschlusse wird die Gegenwart von zwei Drittheil der Gemeindemitglieder gefordert.

Wenn nicht Particulairgesetze eine andere Bestimmung enthalten, so dient uns das römische Recht zur Aushülfe; dieses aber bestimmt in der L. 3. D. quod quiscunque univers.

Nulli permittetur nomine civitatis experiri, nisi ei, cui lex permittit aut lege cessante ordo dedit, cum duae partes adessent, aut amplius aut duae.

Dieser Grundsatz ist früher schon in die Praxis übergegangen, (v. Kreitmaier, Anmerk. z. Cod. Max. Vol. V. S. 1862) und neuere Gesetze bestätigen ihn. Deutsche Bundesacte art. 17. Hessische Gemeindeordn. §. 31. Hannöv. Prozeßordn. v. 1827. §. 12. Bay. Edict über die Verfassung und Verwaltung der Gemeinden v. 17. Mai 1818. §. 37. Dieser Meinung sind die Meisten zugethan. Voet, (Comment. ad Pand. tit. 4. §. 7.) v. Wassenaer, (Diss. ad tit. D. colleg. et corpor.); in Fellenberg, jurispr. antiq. p. 429.) v. Glück, (P. Comment. Th. 5. S. 380.) A. Lang, (vindiciae opon.

vulgaris de decretis ab ordine municipali non aliter, nisi duae omnis curiae partes tertiae adessent faciendis Erl. 1828.) Das Gegentheil nehmen an: Struben, (rechtl. Bed. B. 1. n. 80.) Lotz, (civil. Abhandl. Coburg 1820. S. 110.) v. Wening-Ingelheim, (Lehrbuch des gem. Civilrechts B. 1. §. 102.) Mackeldey, (Lehrbuch des h. röm. R. §. 143. not. g.)

§. 151. (M. §. 116. not. II.)

Zur Veräußrung des Gemeindevermögens ist die landesherrliche Bestätigung nicht nothwendig.

Da Gemeinheiten die Rechte der Minderjährigen genießen, und bei der Veräußerung der Güter derselben eine rechtmäßige Ursache und nur der obrigkeitliche Consenz erfordert wird L. 1. §. 1. 2. D. de reb. eor. q. sub tut. L. 22. C. de administ. nicht aber der des Regenten, so ist auch solcher hier ganz unnöthig: auch steht die L. 3. c. de vend. reb. nicht entgegen.

Hiermit stimmt überein: v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. c. 1. §. 6.) Mittermaier (a. a. O.) Das Gegentheil nimmt an: Stryck, (de alienatione bon. civit. c. 3. n. 1.)

§. 152. (M. §. 116. not. IV.)

Auf die Lehden in den Dorfmarkungen steht der Gutsherrschaft kein Ausspruch der Regel nach zu.

Die Lehden, [a]) Aecker die nicht bebaut sind, und sich in der Dorfmark der Gemeinde befinden, sind nicht herrenlos, sondern Gemeindegut so lange, bis nachgewiesen wird, daß Jemandem daran das Eigenthumsrecht an denselben zusteht. [b])

a) Abgeleitet von liegen laßen.

b) Vorausgesetzt, daß er es nicht durch seine Schuld verloren hat. Im Solms-Laubachischen Gebiete gilt, wie Estor in s. bürgerl. Rechtsgel. Th. 1. §. 2469. bemerkt, die Parömie — wenn der Busch geht dem Reuter an die Sporen, so hat der Unterthan sein Recht verloren — welche dahin zu verstehen ist, daß wenn ein Unterthan seinen Acker oder Wiese so hat verwildern lassen, daß große Sträucher hervorwachsen, ein solches Stück dem Landesherrn verfallen sey. Eisenhardt Gr. d. d. Rechts in Sprüchwörtern S. 202.

Daß der Gutsherrschaft diese gehören, kann nur dann angenommen werden, wenn nachgewiesen wird, daß das Dorf durch Verleihung der Grundstücke des Gutsherrn entstanden, und daß sie sich das Eigenthum gewisser Strecken vorbehalten hat. Den Einwand, daß ursprünglich eine Theilung zwischen Gutsherrn und Unterthanen erfolgt sey, und daß das, was nicht getheilt worden, letzteren gehöre, hat Gundling (in j. nat. C. 36.) widerlegt.

Hiermit stimmen überein: Leyser, (Medit. Sp. 439. n. 4.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. Bed. 145. Th. IV. B. 109.) Jacobi, (in der Gemeinheitsmaterie n. 5.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 217.) Ortloff, (Grundzüge d. deutsch. PR. S. 305. not. 19.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil behaupten: Stryck, (de agris desertis; v. wüsten Hufen.) Krause, (de eo, quod justum est circa praedia deserta. Lpz. 1724.) Pufendorff, (Observ. T. I. ob. 205.) Bielitz, (Comment. über das Pr. LR. Th. VI. S. 54.) vergl. noch E. Platner, Praes. Weisse, (de domin. agr. incultor. infra confin. pagor. Lpz. 1805. in opusculis Lpz. 1829. T. I. n. I.)

§. 153. (M. §. 117.)

Das Wort Allemande kommt nach der richtigen Meinung von Allermann her.

Allemanden heißen Güter, welche durch Kultur noch nicht verändert sind, mehrere brauchbare Grasarten hervorbringen, und wovon der Gemeinheit das Eigenthum zusteht, die Benutzung aber den einzelnen Mitgliedern.

Das Wort kommt nicht von Allemanier, sondern von all und Mann her. Hymmen, (Beitr. B. 1. S. 65.) Repertorium d. ges. pos. Recht Th. 1. S. 350. Lpz. 1798.

§. 154. (M. §. 117.)

Das Eigenthum der Allemanden steht der Gemeinde als moralischer Person zu.

Bei diesen Gütern hat ein wahres Gesammteigenthum statt, welches der Gemeinde als moralischer Person zusteht;

sonach befinden sich die Gemeindemitglieder nicht in einem gemeinschaftlichen Eigenthum. Hiermit stimmen überein: Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 99. not. 1.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Weichsel, (theoretisch = pract. Grundsätze über gemeinschaftliches Eigenthum, Gemeinheiten. Magdeburg 1824. S. 91.) Bielitz, (Comment. über das preuß. Landrecht B. VI. S. 58.)

§. 155. (M. §. 118.)

Allemanden können rechtlich aufgehoben werden.

Ob die Aufhebung der Allemanden in öconomischer Hinsicht zweckmäßig sey, ist eine nicht hierher gehörige Frage, daß sie aber rechtlich erfolgen könne, ergiebt sich aus folgenden Gründen.

1) Wenn angenommen wird, daß die Substanz der Allemanden ein Eigenthum aller künftigen Gemeindemitglieder sey, und sonach nicht den jetztlebenden Gemeindemitgliedern selbst, sondern der Gemeinde als moralischer Person gehöre, (s. Boley vermischte jurist. Abh. B. 1. Stuttg. 1831. Abh. 10.) folglich diesen auch nicht die Befugniß zustehe, solche aufzuheben, so ist diese ganze Argumentation darum unrichtig, weil

a) die moralische Person nicht anders als mit Mitgliedern gedacht werden kann, deren Handlungen, sobald sie zum Vortheil des Ganzen abzwecken, als rechtsgültig erscheinen.

b) jedes neueintretende Mitglied der Gemeinde sich den Zustand gefallen lassen muß, in welchem sich die Gemeinde bei seinem Eintritt befand. (Gaudlitz, de finibus inter jus. sing. et universitatis reg. Lpz. 1804.)

c) die Nachkommen der jedesmaligen Gemeindeglieder in der Eigenschaft als Descendenten verbunden sind, die Handlungen ihrer Vorfahren in der Regel sich gefallen zu lassen.

2) Die Aufhebung und Theilung der Allemanden, ist an sich den Rechten nicht entgegen, wird von den Gesetzen vielmehr begünstigt.

Hiermit stimmen überein: Mereau, (Miscellanen zum Staats= und Privatrecht. Goth. 1794. Th. 1. n. IV.) Danz, (Handbuch des deutsch. PR. Th. 2. S. 544.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 101. S. 172.) Das Gegentheil nimmt unter Andern an: E. Sprüngli, (Abh. Wäre es dienlich die Gemeindegüter — abzuschaffen? in den Abh. der öconomisch. Gesellsch. zu Bern. 1763. N. 4. S. 41.)

Anmerk. Ueber die Frage, ob Gemeinheitstheilungen eine Justiz= oder Polizeisache sind? s. v. Dönner Handbuch d. g. b. Proceß. B. 1. n. 21. Krüll, Prüfung einzelner Theile d. B. R. B. IV. n. IV.

§. 156. (M. §. 118.)

Die Aufhebung oder Theilung der Allemande kann durch einen Gemeindeschluß erfolgen, der durch Stimmenmehrheit abgeschlossen ist.

1) Die Theilung der Allemanden ist eine Gemeindesache, sie betrifft das gemeinschaftliche Interesse aller Mitglieder, obgleich mittelbar die Rechte der Einzelnen in Betracht kommen. Eine Gemeindesache kann durch einen Gemeindeschluß regulirt werden, zu welchem blos Stimmenmehrheit erfordert wird. (s. §. 149.) Die Bestätigung desselben von Seiten des Landesherrn ist unnöthig genug, wenn die Genehmigung der ordentlichen Obrigkeit hinzugekommen ist. (Das Gegentheil nehmen unter Andern an: Danz, (Handb. 2. S. 547.) und Mackeldey (in s. Lehrbuch 8. Aufl. §. 143. not. h.)

2) Schon in ältern Zeiten wurde zur Vertheilung der Marken bloße Stimmenmehrheit erfordert: s. Urkunde v. 1303. (in Kinderling münsterischen Beitr. II. S. 300.) van Heeckeren v. Nettelhorst, (de univers. quae Märckergenootsch dicuntur. Traj. 1807 p. 50.) der Sachsenspiegel B. 2. 55. bestimmt überhaupt Stimmenmehrheit in Gemeindesachen.

3) Wenn das jus singulorum in concreto in Betracht kommt, kann doch durch die Stimmenmehrheit verfügt werden.

4) Völlige Eintracht bei einer Mehrheit der Personen

ist der Regel nach undenkbar. Hätte daher bei Verhandlungen einer Gemeinde die Stimme der Einzelnen ein entscheidendes Gewicht, oder müßten alle Mitglieder zusammenstimmen, oder könnten Einzelne durch ihren Willen für sich etwas erzwingen, so wäre jede entscheidende Verhandlung oder die Dauer einer Gemeinheit eine reine Unmöglichkeit.

Hiermit stimmen überein: v. Gönner, (Ueber Kultur und Vertheilung der Gemeindeweiden. Landshut 1803.) Danz, (Handb. 2. S. 547.) Haubold, (Königl. sächs. Privatr. §. 179.) Gaudlitz, (a. a. O. c. 4. §. 8.) Thibaut (civilist. Abh. 1. n. 18. v. Vertheilung der Gemeindesachen.) Eichhorn, (Einleitung §. 373.) Mittermaier (a. a. O.)

Andere dagegen nehmen Einhelligkeit der Stimmen an, in deren Entstehung die intendirte Gemeinheitsaufhebung und Theilung unterbleiben müsse, wobei jedoch der höchsten Gewalt die Befugniß gestattet werde, durch ihre Einwilligung den auf unzureichenden Grund beruhenden Widerspruch der einzelnen Mitglieder zu ergänzen.

Dieser Meinung sind: v. Berg, (Polizeirecht B. 3. S. 272.) Schmidt, (Abhandl. pract. Rechtsmaterien B. 2. n. 90.) vorzüglich Runde, (deutsches Privatrecht §. 181. und in Beiträgen §. 15.) Der erste Satz ist durch das obige hinlänglich widerlegt, und der letztere wegen ergänzenden Consenz des Landesherrn. Darüber s. v. Gönner, (Handbuch des Prozesses B. 4. S. 305.) Posse, (über Staatseigenthum in den deutschen Reichslanden S. 74.) Thibaut, (a. a. O. S. 392.)

Noch Andere nehmen an: daß die Einwilligung von zwei Drittheil der Mitglieder oder die Stimmenzahl genügend sey, welche nach der Verfassung oder rechtlichem Herkommen jeder Gemeinde, bei anderen Gemeindeangelegenheiten, den Gesammtwillen oder Gemeindeschluß ausmacht, bei deren Daseyn sodann die Präliminarfrage: ob zu theilen sey? als unstreitig und entschieden angenommen werden müsse. Dieser Meinung ist unter Andern: Krüll, (Prüfung

fung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts B. 2. n. 1. §. 19.) — Hagemann, (Landwirthschaftsr. S. 177.) der die verschiedenen Meinungen angegeben hat, giebt die seinige nicht zu erkennen, sondern bemerkt nur, daß es, da eine solche Verschiedenheit der Meinungen vorhanden, sehr wohlthätig sey, wenn die Provinzialgesetzgebungen ins Mittel treten und diesen streitigen Gegenstand bestimmen. Dies ist auch geschehen in dem Sächs. Rescript vom 9. Juni 1789. wegen Aufhebung der Gemeinde-Koppel- und Frühjahrshutungen in C. C. A. 1. 499. in der Lüneburg. Gemeinheitstheilungsord. vom 25. Juni 1802. §. 24. Baierischen Verord. v. 17. Dec. 1802. Preuß. Gemeinheitstheilungsord. vom 7. Juni 1821. §. 4. Hannöverische Gemeinde- u. Marktheilungsord. vom 25. Juni 1822. §. 15.

§. 157. (M. §. 118.)

Nur der Theilungsfuß, nach welchem keines Einzelnen Rechte geschmälert werden, mithin jeder Berechtigte nach erfolgter Theilung das Maaß von Nutzungen völlig erhält, was ihm an dem bisher ungetheilten Ganzen, oder während der bestehenden Communion zustand, ist den Grundsätzen des Rechts gemäß.

Es läßt sich im Allgemeinen kein bestimmter Theilungsmaaßstab annehmen, indem es auf das verschiedene Interesse der Theilnehmer, auf die verschiedenen Arten der theilenden Objecte, auf die Mannigfaltigkeit und Verschiedenheit der Localumstände und Verhältnisse ankommt. Hiermit stimmen überein: Meyer, (über Gemeinheitstheilungen §. 25.) Runde, (Grundr. des deutschen PR. §. 181.) Hagemann, (Landwirthschaftsr. §. 103. S. 107.)

Von Mehreren wird der Maaßstab nach der Kopfzahl angenommen: als von F. K. Gawardt, (Staatswirthschaftliche Betrachtungen über das gerechte Verhältniß bei Zertheilung der Gemeinheitsgüter. Wien. 1793.) Versuch über die anwendbarsten Grundsätze bei Kulturprozessen u. Theilungen der Gemeinheiten. v. Lt. A. H. 1794.

Ueber Allemanden und deren Benutzung S. 54. Danz, (Handbuch II. S. 549.) Krüll, (a. a. O.) v. Glück, (P.Comment. B. X. §. 681.) Thibaut, (a.a.O. S. 398.) Weichsel, (theoreth. pract. Grundſ. über gemeinſchaftl. Eigenth. Magd. 1824. 1. Abh. Ebend. Abhandlungen über verſchiedene pract. wichtige Rechtsmaterien 1. Abhandl. Ueber die vorzüglichſten Streitfragen, welche bei Separationen überhaupt und beſonders in Stadtgemeinen vorkommen. Magd. 1829.) Mittermaier, (a. a. O.) Die Gründe ſind, weil, wenn die Beſtimmung erfolgt iſt, daß die Sache unter die Gemeindemitglieder vertheilt werden ſoll, zugleich auch der Satz ausgeſprochen ſey, daß alle zur Theilung concurriren, und es eine ausgemachte Wahrheit ſey, daß wenn mehreren unbeſtimmt ein Gewinn angetragen wird, jeder im Zweifel einen Kopftheil verlangen könne, auch keiner ſich über Ungleichheit zu beſchweren im Stande ſey, die Proportion bleibe ſtets dieſelbe, äußere Umſtände der Individuen mögen ſich ändern wie ſie wollen. Allein dagegen kann eingewendet werden, daß dieſer Maaßſtab nicht hiſtoriſch angenommen werden könne, weil die Einwohner, welche Ackerbau und Viehzucht betreiben, ſich nicht auf gleichen Beſitzungen angeſiedelt haben, dadurch die große Unbilligkeit entſteht, auch dieſer Maaßſtab da ganz unzuläſſig iſt, wo die Gemeinheit ſich in gutsherrlicher Abhängigkeit befindet und der Gutsherr mithin den Ueberſchuß fordern kann. Runde, (Beiträge §. 25. 31.) Reinhold, (welche Grundſätze ſind bei der Theilung der Gemeinheiten die vortheilhafteſten? Münſter 1780.) der ſich dahin äußert, daß dieſe Theilung eben ſo ſey, als ob man nach dem Sündenregiſter theilen wolle. Hagemann, (Landwirthſchaftsr. S. 179. not. 3.)

2) Von Andern wird auf die Größe der bisherigen Benutzung Rückſicht genommen: unter Andern v. Eichhorn, (Einleitung zum deutſch. PR. §. 373.) Dagegen iſt zu behaupten, daß, wenn gleich auf die Benutzung der Gemeinheiten der größere Reichthum an Grundſtücken mittelbarer Weiſe Einfluß hat, doch da, wo von Vertheilung der Subſtanz ſelbſt die Rede iſt, jenes zufällige, ohnedem

an sich stets wandelbare Verhältniß keine rechtliche Wirkung erzeugen kann. Gmelin und Elsässer, (gem. Betr. B. II. n. 22. S. 233.) Danz, (Handb. II. S. 549.) Thibaut, (a. a. O. S. 397. 399.)

3) Einige wollen die Größe der Lasten, welche jedes einzelne Mitglied zu tragen hat, zur Norm annehmen, indem es allgemeine Rechtsregel ist, daß die Lasten sich nach den Vortheilen richten, und umgekehrt. Allein auch dieser Maaßstab wird von Andern: Danz, (a. a. O. S. 548.) und Thibaut, (a. a. O. S. 397.) darum verworfen, weil der Einzelne bisher für seine größern Zuschüsse auch größere Vortheile genossen hat, und jene nicht, wie bei den Societätsvermögen, als ein, in der Masse liegender, eigenthümlicher Theil des Contribuirenden angesehen werden kann, weil hier der Einzelne keine rata hat. Höchstens ließe sich aus jenem Grundsatze nur so viel folgern, daß der Einzelne, welcher durch die Theilung gewinnt, von nun an auch in eben dem Maaße größere Lasten tragen müsse.

4) Endlich behaupten Andere, daß bei Vertheilung einer Allemande, die Viehzahl, womit jeder Theilnehmer dieselbe bisher betrieben hat oder zu betreiben befugt war, als das wirkliche Bedürfniß, auf dessen Befriedigung jeder Weideinteressent schon ein wohlerworbenes Recht hatte, den gerechtesten und billigsten Maaßstab zur Bestimmung der allseitigen Antheile darbiete; als: Bergius, (Polizei = und Kameralmagazin B. 4. S. 45. 66) Krünitz, (öconomische Encyklopädie Th. 17. S. 139. 288.) v. Benckendorf, (oeconom. forensis B. 2. Hauptst. 3. §. 141.) Sartorius, (de justa in distribuendis bonis communibus inter singulos servanda proportione Würtzb. 1791. §. 16.) Abh. über die bei Gemeinheitsvertheilungen zu befolgenden Grundsätze, im hannöv. Magazin vom Jahr 1797. St. 7. u. 8. v. Alten, (Gedanken und Vorschläge zur Theilung gemeinschaftlicher Weiden. Hannover 1797. §. 42.) Meyer, (Gemeinheitstheilungen §. 7.) J. L. Gaudlitz, (a. a. O. p. 54. wo er sagt: decretam (nämlich divisionem) vero tum pro pe-

corum pascendi numero, quatenus definitus est, tum pro modo fundorum, quos quisque intra confinia universitatis possideat, esse instituendam.

Nach dieser Meinung kommt es zuerst darauf an: ob die Viehzahl bestimmt oder unbestimmt ist: in jenem Falle ist die durch Vertrag, Gesetz oder Herkommen gemachte Bestimmung der Weidebenutzung eines jeden Mitgliedes so lange für den richtigen Maaßstab der Theilung der gemeinen Weide anzunehmen, als sich nicht etwa zeigen läßt, daß die darin enthaltenen Vorschriften auf unrichtigen Voraussetzungen beruhen: ist aber die Viehzahl unbestimmt, so ist auf die Ackergröße jedes Weideinteressenten Rücksicht zu nehmen. Diese ist darum als die zuverlässigste Richtschnur in Bestimmung des Viehstandes und der Benutzung der gemeinen Weide anzusehen, weil Behutungsrecht und Viehstand in gleichem Verhältnisse stehen, der Viehstand aber sich der Düngung halber wieder nach dem Umfange des Ackerbaues richten muß. Kein Hutungsinteressent kann übrigens die gemeinschaftliche Weide mit mehr Vieh betreiben, als er mit eigenem auf dem zur Weide berechtigten Gute gewonnenen Futter im Winter zu erhalten im Stande ist.

Will man einen bestimmten Maaßstab annehmen, so ist gewiß letzterer allen übrigen vorzuziehen; (s. u. Rezension der Abh. von Weichsel in der Jenaer Litz. Ergänzungsblätter vom Jahre 1831. N. 88. S. 315.)

§. 158. (M. §. 120.)

Das Recht, einen Schulzen zu wählen, kommt der Dorfgemeinde zu.

1) Den Dorfgemeinden stehen der Regel nach die nämlichen Rechte zu, welche die Gemeinden überhaupt besitzen, unter diesen Rechten ist aber das Recht, die Vorsteher der Gemeinde zu wählen, begriffen. (S. a. Pr. LR. Th. II. tit. 6. §. 81. Bair. Edict über die Gemeinden von 1817. §. 20.)

2) Der Dorfschulze ist nicht als Unterbeamter des Gerichts weder nach ältern noch neuern Gesetzen anzusehen.

3) Dem Guths- und Gerichtsherrn, dem über die Gemeinde die Oberaufsicht und Gerichtsbarkeit zusteht, hat blos die Bestätigung des Gewählten, auch kann er selbst bei der Wahlhandlung concurriren. Hiermit stimmen überein: Hartung, (de scult. heimb. et scabinis Jen. 1684.) Struben, (rechtliche Bedenken B. 1. n. 23.) Gabkens, (Dorf- u Bauernrecht §. 18.) Das Gegentheil, was den 2ten Satz betrifft, nehmen an: Berlich, (P. I. Decis. 93.) Finckelthaus, (Diss. 3. quaest. 4.) Carpzov, (L. 1. Res. 99. n. 15. Pr. const. 7. Def. 2. n. 3.) Eckolt, (ad D. qui test. facere poss. §. 8.) Lincker, (Diss. de jurisdict. §. 9.) überhaupt: Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 18.) welcher die Wahl blos der Obrigkeit gestattet, welche die niedere Gerichtsbarkeit an diesem Orte auszuüben berechtigt ist.

§. 159. (M. §. 120.)

Welche Handwerker auf dem Lande zu dulden sind, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen.

Die Rechtsgelehrten und Cameralisten sind verschiedener Meinung und selbst die Particulär-Gesetze Pr. LR. Th. II. tit. VIII. §.185. §. 189. enthalten sehr verschiedene Bestimmungen über die Frage: welche Handwerker auf dem Lande zu dulden sind? Im Allgemeinen läßt sich die Frage blos dahin entscheiden, daß die, welche dem Landmanne unentbehrlich bei seiner Wirthschaftsführung, dahin zu zählen sind. Dahin würden sonach, außer den Müllern, zu rechnen seyn: Stellmacher oder Wagener, Zimmerleute, Schmiede, Schneider, Schuhflicker, Leineweber.

Guden, (von den Gränzen der städtischen- und Landhaushaltung. Gött. 1772.) Fredersdorff, (Anleitung zur Landpolizei S. 207.) Ortloff, (Recht der Handwerker S. 9.) Kulemkamp, (Handwerksrecht S. 120.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht. S. 71.) vergl. Homel, (Observat. Obs. 101.) v. Berg, (Polizeirecht Th. III. 428.)

§. 160. (M. §. 120.)

Ein Gemeindeschluß kann nur mit Zuziehung des Heimbürgen oder des Gemeindeausschusses zu Stande kommen.

1) Der Heimbürge (abgeleitet von Heim, welches den District bezeichnet, Knichen, de jure territoriali C. 4. n. 179. und Bürge, burgarius Beschützer und Vorsteher der Räume) ist Repräsentant der Gemeinde: an die Stelle desselben ist in neuern Zeiten der Gemeindeausschuß getreten. (Baier. Verord. über die Gemeindeverfassung §. 120.)

2) Es liegt in der Natur seines Amts, da er Repräsentant der Gemeinde ist, daß ohne seine Zustimmung nichts geschehen kann, was für die Gemeinde verbindliche Kraft haben soll.

Hiermit stimmen überein: Klinger, (Sammlung von Bauernköhren Cap. IV. §. 16.) Mittermaier, (Beitr. z. deutsch. Recht. S. 18.) Gabkens, (Dorf- und Bauernrecht S. 22.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 24.)

§. 161. (M. §. 121.)

Ein Flecken unterscheidet sich von einer Stadt blos dadurch, daß jener keinen ordentlichen Stadtrath oder Magistrat hat.

Das Wort Marktflecken kommt nicht von Markung, Grenze, (wie unter andern der mecklenburgische Regierungsfiscal in dem von Westphal deutsch. Privatrecht Th. 1. S. 113. aufgenommenen Rechtsfall annahm, sondern von Markt her, da nachdem sich die Verfassung mehr ausgebildet hatte, in den Dörfern keine Märkte mehr gehalten wurden, obgleich dies in ältern Zeiten, vorzüglich da, wo der Sitz eines Bischofs war, geschah.

Der Unterschied zwischen Stadt und Flecken ist blos darin zu suchen, daß im letztern die Zweige der bürgerlichen Nahrung nicht unter Aufsicht eines ordentlichen Magistrats, sondern eines Beamten oder Gerichtsherrn betrieben werden. Es unterscheidet sich daher ein Flecken

1) von einem Dorfe als eine Gemeinheit, deren Hauptbetrieb der Landbau und die Viehzucht ist. Es kann in einem Flecken Landbau, so wie in den Städten getrieben werden, dadurch wird in dem Begriffe nichts geändert.

2) von einer Stadt, in der die bürgerlichen Nahrungszweige unter Aufsicht eines ordentlichen Stadtraths betrieben werden, was in dem Marktflecken nicht der Fall ist.

Hiermit stimmen überein: Estor, (bürgerl. Rechtsgel. Th. 1. S. 26. 153. Th. 5. S. 300.) v. Kreitmaier, (Anmerkung. zum Cod. Max. Th. 5. K. 25. §. 1.) Engau, (jus germ. §. 127.) Eisenhardt, (Stadt- und Bürgerrecht. §. 1.) Runde, (Grundr. des deutschen PR. §. 420.) Danz, (Handbuch des deutschen PR. Th. 4. §. 483 S. 286.)

Andere, als Pufendorff, (in obs. T. II. II. app. p. 163.) setzen den Unterschied darein, daß ein Flecken nicht mit Mauern umgeben ist; allein es giebt auch Städte die keine Mauern haben. Einige, als Westphal, (deutsches PR. 1. S. 110.) nehmen an, daß Flecken Dörfer sind, denen das Recht der bürgerlichen Nahrung zu Handwerken und Kramerei zusteht. Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 12.) setzt den Unterschied darein: daß Flecken Oerter sind, worin zwar der Landbau betrieben wird, der aber doch mit einigen Arten von bürgerlichen Gewerben besonders versehen ist.

Nach den neuern Verfassungen werden die Marktflecken, was die größern betrifft, zu den Städten, die kleinern zu den Dörfern gezählt; s. bair. Gemeindeordnungs-Edict von 1818. §. 8.

§. 162. (M. §. 122. not. 3.)

Es ist unrichtig, wenn unter urbes cum romana libertate donatae solche verstanden werden, welche einen ordentlichen Stadtrath gehabt, und unter civitates cum libertate francica donatae solche, welche unter einem Voigt oder Grafen gestanden.

1) Daß in den Städten Grafen und Voigte vorhanden waren, ist keinem Zweifel unterworfen. Daher kann

der Unterschied zwischen beiden Städten nicht darein gesetzt werden, daß in den cum libertate romana donatae kein Graf oder Voigt, sondern blos ein von ihnen gewählter Magistrat vorhanden gewesen.

2) Daß der Unterschied auf die öffentliche Verfassung sich bezieht und nicht auf Privatrechte, ergiebt sich aus den vorhandenen Urkunden. [a])

a) In der Lebensbeschreibung der heiligen Adelheid, Gemahlinn des Kaisers Otto I., welche dem Adilo von Clügny zugeschrieben wird, (Leibnitz scriptores rer. brunsv. T. I. p. 165.) wird bemerkt, daß die Kaiserinn ohngefähr 12 Jahre vor ihrem Tode in dem Orte Selz in Elsaß ein Benedictiner Kloster gestiftet und beschlossen, eine Stadt sub libertate romana anzulegen. Es heißt in der Beschreibung: ante duodecim circiter annos obitus sui, in loco, qui dicitur Salsa, urbem decrevit fieri sub libertate romana, quem affectum postea ad perfectum duxit effectum. S. v. Breitenbach Lebensbeschreibung der Kaiserinn Adelheid Lpz. 1788. S. 160 — 186.

3) Der Unterschied ist darin zu suchen, daß in jenen neben dem Grafen, der durch Vicarien, und Voigte oder Schultheißen und Schöffen vertreten wurde, noch eine Curie, dem ordo decuriorum ähnlich, vorhanden war, dem die Ausübung der Polizei, vorzüglich der Marktpolizei zustand, daher auch unter der libertas romana öfters das Marktrecht zu verstehen ist. Dies ersieht man unter andern aus der Verfassung von Cöln, wo ein Burggraf, Voigt, welcher auch Schultheiß genannt wird, das Collegium der Schöffen — und die Richterzechheit vorhanden war; letztere hatte mit dem ordo decuriorum Aehnlichkeit, an der Spitze desselben befand sich ein Bürgermeister, welcher mit den Mitgliedern an der Verwaltung der städtischen Angelegenheiten Theil nahm.

Dieser Meinung ist Eichhorn, (Abhandl. über den Ursprung der städtisch. Verf. in D.: in der Zeitschrift Bd. 2. S. 206) und Mittermaier, (a. a. O.), s. n. Wilda, (de libertate romana, qua urbes germaniae ab imperatoribus sunt exornatae. Halae 1831.) Der entgegengesetzten Meinung: Treuer, (in disc. logomach. de civit. mix. c. 1. §. 181. der den Unterschied, sub n. 1. erwähnt nennt.) Preuschen, (Nachricht von der Regierungsart der Städte in Deutschland unter den

Carolingern und sächs. Königen in Schott, (jurist. Wochenblatt, 3ter Jahrg. S. 95.) Eisenhardt, (Stadt- und Bürgerrecht §. 8.) Danz, (Handbuch des deutsch. PR. Bd 4. S. 302) die den Unterschied in den Privatrechten zu finden glauben, und Zachariä, (Diss. de libertate romana civitatibus olim concessa, Wittenb 1797. §. 4 — 7.) der annimmt, daß die libertas romana in einer Befreiung von Wirkungen der Hörigkeit bestanden, gewissermaßen in einer Manumission, durch welche sie nach der Form der Freilassungen secundum legem romanam, für cives romani erklärt und mit der Befugniß über ihr Vermögen zu verfügen, begnadigt worden.

§. 163. (M. §. 122. und 125.)

Die Eintheilung der Städte in urbes praefectoriae und regiae kann nicht auf die Verschiedenheit der zum Stadtregimente niedergesetzten Beamten bezogen werden.

Der Unterschied zwischen beiden Städten wird gewöhnlich darein gesetzt, daß in jenen der vom Kaiser angestellte Graf und Voigt zur Führung des Stadtregiments ernannt, in diesen aber die Voigte und Schuldheißen entweder vom Bischof, oder von Herzögen, Land- und Markgrafen angeordnet wurden, s. Struben, (Nebenstunden Th. 1. Abh. 5. S. 401.) Häberlin, (Reichshistorie Th. 1. S. 321.) Preuschen, (Nachrichten von der Regierungsart der Städte a. a. O.) Eisenhardt, (Stadt- und Bürgerrecht §. 8.) Runde, (deutsch. PR. §. 426.) Danz, (Handb. des deutsch. PR. Th. 4. pag. 300.)

Das Gegentheil nimmt an: Eichhorn, (Zeitschrift Bd. 1. Heft 2. S. 227) und bezieht den Unterschied blos auf die Beamten, und zwar darum, weil die Herzöge, Grafen und Voigte nicht praefecti zu damaliger Zeit genannt wurden, auch kein Ort vorhanden, der schon unter den sächsischen Kaisern civitas geheißen.

§. 164. (M. §. 122. not. 7.)

Am Ende der fränkischen Periode verlieren sich alle Spuren der römischen Municipalverfassung.

Dieser Meinung sind M. Clasen, (der cölnische Senat in der mittlern Zeit. Cöln 1786.) Neumann, (über das Städtewesen im Mittelalter, in Hermes Th. 30. S. 28.) Maurer, (über die bay. Städte und ihre Verfassung unter der römischen und fränkischen Herrschaft. München 1829 S. 20.) Mittermaier (a. a. O.) Selbst an den Orten, wo sich die römische Verfassung anfänglich erhalten, erlosch sie, und die germanischen Einrichtungen traten an ihre Stelle. Daher kommt es, daß man sich vergebens bemüht, den Zusammenhang der spätern Verfassung mit der frühern römischen auch nur an einem Orte nachzuweisen: dagegen giebt es mehrere Städte, welche erwiesen römische Municipalstädte waren, die erst später eine selbstständige Verfassung erhielten. Andere dagegen nehmen an, daß die römische Städteverfassung fortgedauert und die germanische eine Fortsetzung derselben sey, als: von Savigny, Eichhorn, Gaupp, von Lindelof, von Lancizolle, (Grundzüge der Geschichte des deutschen Städtewesens. Berl. 1829.)

§. 165. (M. §. 220. not. 26.)

Städte, im eigentlichen Sinne, gab es in Deutschland unter Heinrich I. nicht.

1) Der Ursprung der Städte im eigentlichen Sinne ist durch die Entstehung des Magistrats bedingt, denn nur der Ort, der einem Stadtrathe untergeordnet, und das völlige Recht bürgerlicher Nahrung hat, ist eine Stadt. Die Magistratsverfassung kam aber erst zu Anfang des 12ten Jahrhunderts auf, wo körperschaftliche Auctoritäten sich unter die Localbeamten mischten. Hüllmann, (Geschichte des Ursprungs der Städte in Deutschland Th. 3. S. 88.)

2) Daß Heinrich I. Städte im eigentlichen Sinne anlegte, ist unrichtig: was er that, bestand blos darin,

daß er durch die häufigen Ueberfälle barbarischer Nachbaren bewogen wurde, die durch ihre Lage geeigneten Dörfer zu befestigen nach dem Muster der römischen Anlagen: dies geschah zuerst in Sachsen und Thüringen; daß er seinen Patrimonialvillen, nebst einigen an der Elbe und Saale eroberten wendischen Gegenden dazu erwählte, war ihm nicht zu verdenken.

Nach der Einrichtung Heinrichs sollte von den Patrimonialministerialen, die wegen des Kriegsdienstes angemessene Beneficialgrundstücke besaßen, immer nur der neunte Mann in einer von den Patrimonialburgen den Garnisondienst, wahrscheinlich abwechselnd auf bestimmte Jahre, leisten. Zur Aufnahme der Fremden waren diese befestigten Villen geeignet, auch ließ Heinrich I. alle öffentlichen Versammlungen dahin ausschreiben.

3) Flor der Handlung, Ausbreitung der Gewerbe, Handwerke und Künste, auch die Unruhen, welche seit der Achtserklärung Heinrichs d. Löwen im J. 1180 erfolgten trugen vorzüglich dazu bei, Burgen und Dörfer in eigentliche Städte zu verwandeln. [a])

a) Von den fränkisch-deutschen Reichskammergütern, königlichen Pfalzen, wurden bedeutende Städte z. B. Achen, Coblenz, Frankfurt, Ulm, Heilbronn u. s. w. — Villen mit bischöflichen Sitzen, wurden fast ohne Ausnahme ansehnliche Städte: Eichstädt, Bamberg, Meißen, Naumburg, Magdeburg, Halberstadt, Hildesheim, Bremen, Hamburg, Minden, Osnabrück, Paderborn, Münster. — Villen weltlicher Fürsten hatten ein gleiches günstiges Schicksal: München, Lüneburg, Braunschweig u. s. w. — Die Fürsten im wendischen Deutschland wurden durch diese Beispiele veranlaßt, auch in ihren Ländern Städte zu errichten.

Dieser Meinung sind: Spittler, (Geschichte des Fürstenth. Calenberg seit den Zeiten der Reformation bis zu Ende des 17ten Jahrh. Gött. 1786 Th. 1. S. 22. Ebend. Commentatio de origine et incrementis urbium germaniae in den Abh. d. gött. Akademie Vol. IX. S. 82.) Runde, (Gesch. des deutsch. PR. §. 440.) Danz, (Handbuch des deutsch. PR. Bd. 4. S. 292.) Eisenhardt, (Stadt- u. Bürgerr. §. 7.) Eichhorn, (Reichs- und Rechtsgesch. Th. 2. §. 224.) Hüllmann, (a. a. O. Th. 3. S. 1. u. s. f.) Mittermaier (a. a. O.)

Das Gegentheil haben unter Andern angenammen: Westermann, (de nobilit. germ. mag. sec. Pistorium Vit. 1755.) Curtius, (Pr. de germ. prisci et med. aevi urbibus et oppidis eorumque indole et politia: prol. prima Marb. 1796.) Fischer, (Gesch des deutsch. Handels Th 1. S. 407.) Die Gründe sind: Wetichind Corb. Lib. I. (bey Maiborn p. 639) sagt: Henricus, — ex agrariis militibus nonum quemque eligens in urbibus habitare. Allein die milites agrarii waren nicht, wie angenommen wird, Bauern, sondern Patrimonial-Ministerialen, welche Beneficialgüter besaßen und vermöge derselben zum Kriegsdienste verpflichtet waren. — Urbs bedeutet im Mittelalter einen bestätigten Ort. Adelung, (Gloss. s. v. castrum.) Hüllmann, (a. a. O. Th. 3. S. 215.) Das, was Ditmar v. Merseburg und Siegebart Gembla ad an. 925 anführen, beweist eben so wenig. Maurer (a. a. O.) ist der Meinung, daß wenn man gleich vor den Eroberungen der Römer keine Städte in Deutschland annehmen könne, doch Oerter vorhanden gewesen, die den Städten nicht unähnlich waren, z. B. Augsburg; Städte mit besonderen Verfassungen habe es freilich nicht gegeben.

§. 166. (M. §. 122.)

Die Rolandssäulen beweisen nicht das hohe Alter einer Stadt, auch überhaupt nicht die Stadtgerechtigkeit.

Ueber den Ursprung und die Bedeutung der Rolandssäulen [a]) sind die Meinungen getheilt. Von Mehreren wird das Wort abgeleitet von Rugen, die Ruge oder Row, welches judicium heißt: allein dies paßt nicht zum Worte Land, wie Beier richtig bemerkt hat. Nach Andern soll es einen im Alterthume sich ausgezeichneten Krieger mit Namen Roland vorstellen, oder den Kaiser, von welchem die Stadt ausgezeichnete Privilegien erhalten hat. So heißt es in der Urkunde, welche ein Privilegium der Stadt Bremen von Heinrich V. v. J. 1111. enthält: qui in eorum civitate bremensi possint signum et imagi-

nem Rolandi ornare clypeo et armis nostris imperialibus; (in Lunig Reichsarchiv, Pars spec. cont. IV. p. 219.)

a) Ein Verzeichniß der Städte, wo sich solche finden, in Riccius Spicileg. jur. p. 265. Spangenberg, Beit. zur Kunde der deutschen Rechtsalterthümer S. 13 — 20.

Nach Beckmann, (Th. 2. Kap. 2. §. 15.) soll es ein Kenntzeichen hoher Gerichtsbarkeit seyn, nach Gundling, (Brandenb. Atlas S. 90.) ein Merkmal der Ober- und Niedergerichtsbarkeit, oder wie er an einem andern Orte annimmt, (Geschichte von Brandenburg Bd. 5. Abtheil. 3. §. 6.) die Verleihung des magdeburgischen Rechts, oder nach Garcäus einer verliehenen Immunität. Vgl. Haltaus, (Gloss. germ. v. Roland.) Pfeffinger, (ad Vitr. T. II. p. 823) und Hymmen, (Beiträge zur jurist. Lit. Bd. 1. S. 181. not. 3.) Riccius, (a. a. O.) ist der Meinung, daß es mit Weichbild synonym sey.

So wie in frühern Zeiten der Ort, wo das Gericht gehalten wurde, durch Bäume, Steine, hölzerne Kreuze bezeichnet wurde, so geschah es in der Folge, daß man an diesem Orte einen Roland aufrichtete, zum Zeichen der Gerichtsbarkeit. Hieraus ergiebt sich, daß aus diesem Zeichen 1) nicht das hohe Alter der Stadt zu erweisen ist, indem es alte Städte giebt, wo dergleichen Säulen nicht vorkommen; 2) nicht die Stadtfreiheit; denn es ist blos als Zeichen der Gerichtsbarkeit zu betrachten. Vergl. Türck de statuis Rolandis. Rost. 1824.

§. 167. a. (M. §. 123. not. 1.)

Das Wort Weichbild kommt von Wick (ein befestigter Ort) und Bild (symbolische Bezeichnung der Gerichtsbarkeit) s. §. 23.

§. 167. b. (M. §. 123. not. 2. 6.)

Das Wort Schultheiß kommt von Schuld und heißen, d. i. eine Forderung beitreiben.

Dieser Meinung ist: Haltaus, (Gloss. von Suldheissen.) Eisenhardt, (Stadt- und Bürgerrecht §. 33.

not. 4.) Danz, (Handbuch des deutschen PR. B. 4. S. 305.)

Andere dagegen leiten es ab von Verbrechen; v. Ludewig, (T. II. L. 1. opus. XIV. §. 2.) Ockel, (de palat. reg. th. 80.) J. S. F. Böhmer, (Rechtsgegründete Muthmaßung von dem Ursprunge und der Eintheilung in Ober= und Untergerichte in Schott jurist. Wochenblatt 25. Jahrg. not. XXXI. S. 764.)

§. 168. (M. §. 125.)

Unter freien Städten sind nicht blos Reichsstädte zu verstehen, auch nicht solche, welche die Municipalverfassung erhalten hatten.

Unter freien Städten sind diejenigen zu verstehen, welche das Weichbildsrecht zu einer Zeit erhalten hatten, wo es noch eine Seltenheit war, wenn ein einzelner Ort von der Gewalt des königl. Beamten befreit wurde. Die Freiheit bezog sich daher blos auf die Befreiung.

1) Sind mit dem Namen freier Städte nicht blos Reichsstädte belegt worden. In einer Urkunde Rudolphs I. v. 1016. (Senckenberg, select. cap. T. II. p. 593.) wird Brubach eine freie Stadt genannt, und daher nimmt Priser, (Diss. de civitat. imp. sp. Ulmae sub. Rudolph I. Helmst. 1774. §. 12.) an, daß die Benennung über die Zeit Carls IV. hinausgehe. Zu dieser Zeit kommt aber die Benennung häufig vor. Lehman, (in der speierischen Chronik B. 7. c. 50. S. 774.) führt eine Urkunde von Carl IV. an, in welcher in dem den Städten Mainz, Worms und Speier 1356. ausgestellten Pfandbriefe, ihnen das Prädicat freie Städte gegeben wird.

2) Können darunter nicht Städte verstanden werden, welche schon zu Römer Zeiten Stadtrechte und einen großen Handelstand gehabt haben, in welchem sich die Handelsleute auch nach der Römer Abzug bei ihren frühern Municipalitätsrechten erhalten, in Vereine oder Haufen getreten, und dem Orte ihres Aufenthalts die Rechte vorzüglicher Freiheiten bereits in frühern Zeiten erworben hätten. Denn die Städte, welche wir als freie Städte kennen:

Regensburg, Mainz, Strasburg, Cöln, Basel haben nicht alle die römische Municipalverfassung gehabt, wie unter andern dies wegen Strasburg durch urkundliche Zeugnisse hinlänglich erwiesen ist, (Zeitschrift f. gesch. RW. B. 1. Heft. 2. S. 237.)

Dieser Meinung ist: Eichhorn, (Rechtsgeschichte Th. III. S. 280. not f.

Das Gegentheil nimmt unter Andern an: Gemeiner, (Ueber den Ursprung der Stadt Regensburg und aller alten Freistädte Reg. 1817.) vergl. Häberlin, (Reichsgeschichte Th. 8. S. 282.) Müller, (Reichstheater unter Maxim. 1. Th. 1. S. 494.)

In einer ähnlichen Bedeutung wird das Wort in der neuern deutschen Verfassung genommen; denn was sind die freien Städte anders als die, welche nicht der Souveränität eines Bundesfürsten untergeordnet, sonach davon befreit sind. Acte final du congrés de Vienne, art. 53. 56. 58. Bundesacte art. I. wegen Cracau, s. acte final art. 6.

§. 169. (M. §. 127. not. 5.)

Dem Stadtrathe steht nicht die Befugniß zu, eigenmächtig Statuten zu machen.

Dem Magistrat kann das Recht, einseitig Statuten zu machen, dann nur eingeräumt werden, wenn er solches besonders, vermöge eines Vertrags mit der Bürgerschaft, oder vermöge eines Privilegiums des Landesherrn erworben hat. Denn

1) wenn man auch auf das römische Recht keine Rücksicht nehmen will, welches solches ausdrücklich bestimmt, so liegt es schon in der Natur der Gemeindeverfassung, daß die Repräsentanten derselben, welches doch der Stadtrath ist, keine Rechte ausüben, welche ihnen nicht besonders durch die Gemeinde übertragen sind: sie haben blos die Befugniß der der Stadt zustehenden Rechte, nicht aber die neuen Bestimmungen in Ansehung derselben zu machen.

2) ergiebt sich aus den meisten ältern Statuten, [a]) daß dieses Recht nur unter Concurrenz der Bürgerschaft,

oder wenn es Zunftsachen waren, mit Zuziehung der Zunftmitglieder oder Repräsentanten derselben dem Magistrat eingeräumt wurde.

a) Das Wort Burkören oder Burspacken, welches in ältern Zeiten gebraucht wurde, zeigt deutlich, daß die Statuten aus der Autonomie der Städte hervorgingen: sie wurden in Fragen und Antworten gefaßt, und alljährlich in dem Gerichte vorgelesen. Eichhorn, (RG. II. S. 689. not. d.)

3) Nach den neuern Verfassungen steht denselben dies auch nicht zu, indem sie verbunden sind, bei allen wichtigen die Stadt betreffenden Angelegenheiten die Stadtverordneten oder Gemeindebevollmächtigten hinzu zu ziehen. (Pr. Städteordnung §. 69. 124. 183. bay. Gemeinde Edict. §. 74.)

Dieser Meinung sind: Strubens, (Nebenstunden Th. 2. S. 414.) Mencken, (Diss. de stat. non. confer. effectu Lpz. 1797.) Schnaubert, (Beiträge n. 5.) Eichman, (Erklärung d. bürgerl. Rechts Th. 1. S. 428.) Eisenhardt, (Stadt- und Bürgerrecht §. 74.) Danz, (Handbuch des deutschen PR. §. 436. S. 330.)

Das Gegentheil nehmen an: Kemmerich, (in acces. inst. p. 94.) Fischer, (Cameral- und Polizeyrecht Th. 1. §. 919.) und berufen sich hierbei auf das römische Recht, tit. D. de decretis ab ordine faciendis. Allein wie schon Leyser, (medit. ad. P. Sp. VIII. n. 7.) bemerkt, ersieht man aus der L. 160. D. de reg. juris, daß dem collegio decuriorum nicht das Recht zugestanden, in wichtigen Angelegenheiten Schlüsse zu fassen, sondern dieses Recht blos die Gemeinden auszuüben berechtigt waren. Ueberdies läßt sich von der Municipalverfassung der Römer kein gültiger Schluß auf unsere Verfassung machen. Waldschmidt, (de differentiis municipiorum et urbium germ. mediat. Marb. 1749.)

Noch Andere gestatten dem Magistrat dieses Recht, aber nur in Polizeysachen, und nehmen diese Statuten für gültig an, wenn sie nur nicht dem gemeinen Rechte widersprechen. Riccius, (Delineat. de Statut. P. II. c. 5. d. 382. und im Spicileg. jur. germ. p. 249.) Wernher, (Obs.

Obs. vol. VI. ob. 144. p. 221.) Pütter, (Beitr. zum Staatsrecht B. 2. n. 21.)

§. 170. (M. §. 127. not. 7.)

Den Städten kommt das beneficium competentiae zu.

Wenn gleich Mencken, (Diss. de bonor. univers. alienatione Vit. 1740. Sect. II.) das Gegentheil annimmt, so ist doch kein Grund vorhanden, den Städten dieß zu versagen; im Gegentheil muß dem Staate daran gelegen seyn, daß eine Gemeinheit, die einen wichtigen Einfluß auf das Beste des Staats hat, nicht von allen Mitteln entblößt werde, welche zu ihrem Unterhalte dienen. Daher haben auch Stryck, (usus. mod. Pand. L. 42. tit. 3. §. 20.) Hellfeld, (de benef. com. ex proprio aeque ac tertii jure §. 16. und in opusc. p. 574.) Eisenhardt, (Stadt- und Bürgerrecht S. 145.) die richtige Meinung vertheidigt.

§. 171. (M. §. 127. not. 8.)

Das Archivrecht kommt den Städten zu, und das städtische Archiv hat mit dem gerichtlichen gleiche Rechte.

Wenn man unter Archiv den Ort versteht, wo alle auf irgend ein staatsrechtliches Interesse bezughabende Urkunden gesammelt sind, so kann eine Stadt hierauf keine Ansprüche machen; wird aber darunter der Inbegriff von Urkunden und Akten, die unter öffentlicher Auctorität gesammelt sind, verstanden, so ist es unbedenklich, daß dieses Recht der Stadt als priviligirter Gemeinheit zukommt, und auf solches alles anzuwenden, was von den gerichtlichen Archiven und Registraturen bestimmt ist. Hiermit stimmen überein: Cramer, (wetzl. Nebenstunden Th. 41. not. 4.) Westphal, (deutsches Privatrecht Th. 1. S. 126.) Eisenhardt, (Stadt- und Bürgerrecht S. 40. not. 2.) Das Gegentheil vertheidigt: Fricke, (de jure archivi et cancellariae p. 23. und 40.)

Anmerk. zum §. 127. not. 9. d. M. s. §. 39.

§. 172. (M. §. 128.)

Das Recht, Bier zu brauen, gehört zu den bürgerlichen Nahrungszweigen.

1) Bier zu eigenem Gebrauche zu brauen, steht jedem frei, es ist ein Recht der natürlichen Freiheit. (Scheid, de jure coquendi et vendendi cerevisiam Goett. 1739. §. 2. Pütter, Rechtsfälle II. 400.)

2) Das Recht, Bier zum Verkauf zu brauen, ist ein städtisches Gewerbe, und die Vermuthung sonach, daß es der Stadt ausschließlich zustehe. Denn

a) wenn gleich die Bierbrauerei nicht in Zünfte eingeschlossen zu seyn braucht, sonach nicht zu den zünftigen Gewerben gehört, und aus diesem Grunde auch auf dem Lande ausgeübt werden kann, so ist es doch ein solches Gewerbe, welches der besondern Polizeiaufsicht und Controle unterworfen, welche in den Städten vorzüglich gehandhabt werden kann.

b) aus der Parömie: Brauwerk ist keine Kaufmannschaft, ergiebt sich nicht das Gegentheil; es läßt sich daraus nicht folgern, daß weil die Bierbrauer keine Ansprüche auf die Vorrechte der Kaufleute haben, und sonach die Bierbrauerei nicht ein Handelszweig ist, nun auch die Bierbrauerei kein städtisches Gewerbe wie die Handlung seyn könne. Mevius, (Decis. P. V. Dec. 116.) Eisenhardt, (d. R. in Sprüchwörtern 2te Abth., not. IX. S. 60.)

c) aus der Geschichte ist zu erweisen, daß, als die Bierbrauerei ein wichtiger Nahrungszweig wurde, solche in den Städten betrieben ist. Als Heinrich I. befahl, daß die öffentlichen Versammlungen in den befestigten Orten (Städte im uneigentlichen Sinne,) gehalten werden sollten, ertheilte er ihnen auch das Privilegium des Bierbrauens, obgleich nicht angenommen werden kann, mit dem Meilenrecht. (Riccius, Spicileg. jur. p. 244.) Von dieser Zeit an wurde dieses Recht ein wirklicher städtischer Nahrungszweig, welcher noch mehr durch die Privilegien, welche einzelne Städte erhielten, bestätigt wurde. Es entstand

die Parömie: das Brauen bringt den Bürgern gute Nahrung. (Eisenhardt, a. a. O. S. 57.) Nur da, wo das Bierbrauerrecht zu den Regalen erhoben wurde: (z. B. in Baiern im Betreff des weißen Bieres) litt diese Regel eine Ausnahme, indem der Regent auch dieses Recht den Dörfern oder Wirthen auf dem Lande zu ertheilen befugt war.

Hieraus ergiebt sich die Vermuthung, daß dieses Recht den Städten ausschließlich zusteht, und sie nicht verbunden sind, die Zuständigkeit dieser Befugniß durch den Nachweis eines unverdenklichen Besitzes oder landesherrlicher Concession zu begründen.

Dieser Meinung sind: Tabor, (de jure cerevisario; deutsch. Reg. 1722.) Rohr, (Haushaltungsrecht B. 5, c. 5.) Heumann, (Initia jur. polit. c. 31.) Riccius, (im Spicil. juris p. 592.) Kind, (Quaest. for. III. 71.) Runde, (Grundr. des deutschen PR. §. 444, §. 477.) Danz, (Handbuch des deutschen PR. B. 4, §. 444.) Eichhorn, (Einleitung zum deutschen PR. §. 375.) Mittermaier, (a. a. O.) Haubold, (K. S. PR. §. 444.) Das Gegentheil nehmen an: Eisenhardt, (Stadt- und Bürgerrecht §. 220.) Klein, (Annalen B. 19. S. 114.) S. m. B. VIII. 1. Unterabtheilung.

§. 173. (M. §. 129.)

Die Incorporation der Vorstadt mit der Hauptstadt kann nicht daraus geschlossen werden, daß jene der Gerichtsbarkeit des Magistrats der Letztern untergeordnet ist.

1) Die Incorporation einer Gemeinde mit einer andern beruht in Verträgen und kann nicht vermuthet werden.

2) Nimmt man Rücksicht auf die Entstehung der Vorstädte, indem die meisten durch Niederlassung von Fremden, welche wegen mangelnder Eigenschaften nicht Bürger der Stadt werden konnten, entstanden, so ist es leicht zu begreifen, daß die Vorstädte dem Schutze des Magistrats der Hauptstadt und zugleich der Gerichtsbarkeit desselben unterworfen wurden, indem sie sich im Weichbilde der Stadt be-

fanden. Durch diese Unterwerfung erfolgte aber keine Incorporation, so daß jetzt die Vorstadt an den Rechten der Hauptstadt Theil genommen hätte: denn beide Befugnisse sind von einander wesentlich verschieden.

Hiermit stimmen überein: Bodmann, (von dem verschiedenen Verhältnisse der Vorstädte zu den Hauptstädten in Deutschland in Siebenkees Beitr. zum deutsch. R. Th. 3. S. 81.) Eisenhardt, (Stadt= und Bürgerrecht §. 177. S. 251.) Danz, (Handbuch des d. PR. §. 450. S. 401.) Der entgegengesetzten Meinung ist: Wiesand, (Diss. de juribus suburbiorum Lpz. 1754.)

§. 174. (M. §. 129.)

Die Statuten der Hauptstadt sind der Regel nach auch für die Vorstadt verbindlich.

1) Wenn eine Vorstadt der Hauptstadt incorporirt ist, so sind auch die statuta legalia der letztern für sie verbindlich, sie genießt die Privilegien der Stadt, wenn nicht bei der Incorporation eine Ausnahme gemacht ist. Ob aber auch die statuta conventionalia, welche die Stadt gemacht, jene verbinden? ist bestritten. Bodman (a. a. O. §. 15.) ist der Meinung, daß sie überhaupt für sie gelten, indem er den Unterschied zwischen statuta legalia und conventionalia verwirft. Allein nach der richtigern Meinung sind sie nur dann für sie verbindlich, wenn sie zur Errichtung derselben ihre Einwilligung gegeben hat. Denn ein Vertrag ist der Regel nach für einen Dritten unverbindlich. Schmid, (de statutis civitat. quatenus incolas suburbiorum praecipue circa successionem ab intestato obligant. Jen. 1755.) Eisenhardt, (Stadt= und Bürgerrecht S. 255.) Riccius, (v. Statuten S. 465.) Mittermaier, (a. a. O.)

2) Ist die Vorstadt der Hauptstadt nicht incorporirt, so sind einige der Meinung, daß die Statuten der letztern nur dann für die erstere verbindlich wären, wenn sie in dem Weichbilde der Stadt gelegen sei. Eisenhardt, (a. a. O. §. 180. S. 254.) Danz, (Handb. des deut=

schen PR. B. 4. S. 401.) Diese Meinung ist richtig, wenn von legalen Statuten die Rede ist, denn diese erstrecken ihre verbindliche Kraft auf alle in dem Weichbilde der Stadt gelegenen Güter. (Pufendorff, (de jurisdict. germ. P. II. sect. III. c. 1. p. 293.) Böhmer, (de natura statutorum, quae civitatibus provincialibus conduntur, eorumque obligandi principiis Hal. 1721. in Exercit. ad Pand. T. I. p. 663.) Ist sie nicht im Weichbilde der Stadt gelegen, und macht sie eine Gemeinde aus, so steht ihr auch die Befugniß zu, Statuten zu machen.

Zweite Hauptabtheilung.

Von den Objecten der Rechte.

§. 175. (M. §. 130.)

Zwischen Domainen und Kammergütern ist ein wichtiger Unterschied.

Domainen sind eigentliche Staatsgüter, deren Revenüen zur Bestreitung des Regierungsaufwandes verwendet werden. Kammergüter sind Güter, woran dem Landesherrn und der landesherrlichen Familie das Eigenthum zusteht, und deren Revenüen zur Bestreitung des Unterhalts des Regenten und seiner Familie dienen. Den Worten nach wird zwar dieser Unterschied nach dem neuern öffentlichen Rechte nicht mehr gemacht, sondern beide Domainen genannt, der That nach ist er aber vorhanden. Die Domainen als Staatseigenthum sind unveräußerlich — Domainen, nach dem particulairen Staatsrechte, oder nach besonderm Rechtstitel Eigenthum des Regenten oder Fideicommissarisches Haus- oder Familieneigenthum des Regentenhauses, sind veräußerlich; jedoch wird die Einwilligung des Successionsberechtigten und der Familienmitglieder vorausgesetzt.

Hiermit stimmen überein: Hugo Grotius, (de j. b. ac. p. Lib II. c. 6. §. 11.) Behmer, (jus. controversum obs. II.) Püttmann, (elem. jur. feud. §. 65.) Häberlin, (Handb. des deutsch. Staatsrechts

B. II. §. 191. S. 14.) Leist, (Staatsrecht §. 22.) Andere halten beide Güter gleich. Böhmer, (Princ. jur. feudalis §. 100.) Klüber, (öffentl. R. §. 332.) s. u. Struben, (rechtl. Bedenken B. II. not. 1.)

§. 176. (M. §. 131.)

Die Terra Salica war unveräußerlich, und die Töchter von der Erbfolge ausgeschlossen.

1) Das Wort Salisch, kommt von den Salfranken her, weil diese Güter bei denselben gewöhnlich waren; nachher wurde diese Benennung auch in andern Ländern zur Bezeichnung des rechten Eigenthums gebraucht. In den Urkunden kommt das Wort selilant vor, und darum mag es in vielen Fällen nicht das rechte Eigenthum bedeuten, sondern die terra curialis, dominicalis, (Grimm, Rechtsalterthümer S. 493.) daher auch die Ableitung von Sala, Hofgut, welche Montesquieu annimmt, nicht ganz zu verwerfen ist.

2) Sie sind ganz den Gütern gleich, welche in der Lex ripuar. tit. 56. hereditas aviatica, in der Lex Sax. tit. 7. hereditas schlechtweg genannt werden: sie sind wahre Stammgüter.

3) Die L. Salica tit. 62. bestimmt: de terra Salica in mulierem nulla portio hereditatis transit, sed hoc virilis sexus adquirit, hoc est filii in ipsa hereditate succedunt.

Ueber den Grund der Ausschließung der Töchter sind die Meinungen getheilt.

Schmidt, (Geschichte d. D. Th. 1. B. II. K. 8. S. 316.) ist der Meinung, daß er aus dem alten Gebrauche herkomme, nach welchem der Mann die dos oder das Heirathsgut mitbringt, und der Bräutigam sich mit den Aeltern der Braut abfindet, und sich noch mit dieser wegen ihres künftigen Unterhalts vergleichen mußte. Montesquieu ist der Meinung, daß die Töchter deshalb ausgeschlossen wurden, weil sie das väterliche Haus bei ihrer Verheirathung verlassen, somit auch nichts von den dazu

gehörigen Gütern erben können. v. Hallam, (geschichtl. Darstellung des heutigen Europa im Mittelalter; a. d. Engl. übers. von v. Halem, Lpz. 1820. B. 1. Kap. II. S. 118.) ist der Meinung, daß die Weiber blos von den neuerworbenen Gütern ausgeschlossen waren.

Nach der richtigern, von Reinhardt, (Erbfolge der Töchter S. II.) Krause, (Geschichte der wichtigsten Begebenheiten des h. Europas B. II. S. 281.) Weber, (Handbuch d. Lehnrechts Th. II. S. 86.) vertheidigten Meinung lag der Grund darin, weil mit dem Besitze dieser Güter die Kriegspflicht verbunden war.

Anmerk. z. M. §. 131. über die Ableitung des Worts allodium s. §. 3.

§. 177. (M. §. 131.)

Das Wort eigen bezeichnet nicht blos Erbgüter.

Das Wort eigen verstehen Einige von allen unbeweglichen Gütern, wie Sydow, (Erbrecht S. 33. 183.) Griesinger, (Forts. d. Comment. v. Danz, Th. X. S. 203.). Dagegen verstehen Andere blos die Erbgüter darunter, als: Mittermaier, (s. Recenz. Gaupp Schles. Landr. in Heidelberg. Jahrb. Jahrg. 22. 2. Heft. S. 146.) Noch Andere halten das Wort mit dem Worte proprium ganz gleichbedeutend, wie Eichhorn, (Einl. §. 157.) Vollgraf, (in dem Archiv der civil. Praxis B. 9. Bey. G. S. 54.)

Eigen bezeichnet auch ganz freies, nach Volksrecht besessenes Eigenthum. In Capitul. quae pro leg. hab. c. 6. (bei Georg p. 86.) heißt es: de liberis hominibus qui proprium non habent, sed in terra dominica resident, ut propter res alterius ad testimonium non recipiantur. Unter Saalmanseigen (s. M. n. 14.) sind Lehngüter zu verstehen, welche von dem Saalzman (Advocatus, Schirmvogt) und nicht vom Herzog verliehen wurden. (Lipowsky, von Saalmanseigen, eine vormals übliche Lehnart in Baiern, in Zepernick Abhandlungen zum LR. Th. II. n. 8.)

§. 178. (M. §. 132. II.)

Die Regel, Alles was erd-, wand-, band-, mauer-, nied- und nagelfest, ist als Pertinenz anzusehen, ist weder gemeinrechtlich, noch richtig.

Diese Regel ist darum unrichtig, weil

1) die künstliche Cohäsion allein die befestigte Sache noch nicht gleich zu einem Theil des Ganzen macht, wenn nicht die Befestigung entweder zum öconomischen Gebrauche des Grundstückes selbst nach der besondern Bestimmung desselben geschehen, oder wenn auch die festgemachten Sachen nicht eben zum öconomischen Nutzen dienen sollten, jedoch so fest einverleibt sind, daß sie ohne Schaden des Ganzen nicht wohl getrennt werden können.

2) es mehrere Sachen giebt, die zum Hause gehören, und nicht befestigt sind, als: Schlüssel zu Thüren, und dennoch Pertinenzeigenschaft haben, Wand-, Kronenleuchter; aber Verzierungen der Hausthüren gehören dahin: L. 245. §. 1. D. de verb. sing. Dieser Meinung sind: Leyser, (Spec. 200. med. 10.) Runde, (Gr. des deutsch. PR. § 256.) Danz, (Handb. d. deutsch. PR. B. 2. S. 470.) Gesteding, (alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten, Greifswald 1818. S. 314. 342.) Bielitz, (Comment. zum Pr LR. Th. 1. §. 75. S. 321.) Funcke, doctrina de pertinentiis aedificiorum Lips. 1824. Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 285.) Mittermaier, (a. a. O.); das Gegentheil wird unter Andern angenommen v. Orth, (Anmerk. z. Frankf. Reformation Th. 1. S. 387.) Kreitmeier, (Anmerk. z. baierischen LR. Th. 2. S. 910.) Kästner, (de clausula: was erd-, wand-, band-, mauer-, nied-, nagel- und schraubefest ist. Leipz. 1724.) Thomas, (fuld. PR. II. S. 137.)

§. 179. (M. §. 132. not. III.)

Es ist unrichtig, wenn man nach der Parömie: was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß, auch Häuser zu den beweglichen Sachen zählt.

Einige Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß die Häuser zu den beweglichen Sachen zu zählen sind, nicht nur nach den ältern, mittlern und mehrern particulär Gesetzen, (Sachsenspiegel II. 21. 53. jülisch Laubach 1. 3. hessendarmstädtischen und mehrern würtembergischen Aemtern: Fischer, (Geschichte d. deutsch. Erbfolge, 2 B. 1. Th. n. 35. S. 117.) sondern auch nach der Parömie: was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß. Dieser Meinung sind: Fischer, (Gesch. d. deutsch. Erbfolge S. 117.) Mogen, (meditatio de aedificiis et arboribus radicatis jure germanico non inter res immobiles sed mobiles referendis, ad illustrandam juris breidenbachcensis paroem: was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß. Giess. 1759. Den Beweis, daß Bäume, welche mit der Wurzel in der Erde stehen, zu den beweglichen Sachen zu zählen sind, hat er nicht geliefert.) Allein wenn gleich

1) in den frühern Zeiten, wo die Deutschen ihre Wohnsitze öfters verließen, und Hütten von Holz mit Stroh bedeckt hatten, auch diese zu den beweglichen Sachen gezählt wurden, (Dreyer, Diss. de restricta facultate alienandi bona hereditaria, ad hereditaria mobilia non pertinente p. 55), so änderte sich dieses in der Folge, nachdem sie feste Wohnsitze und dauerhafte Gebäude erhielten.

2) Die Stellen aus dem Sachsenspiegel [a]) können hierauf nicht bezogen werden, und wenn in noch so vielen Particulairrechten dieser Grundsatz aufgenommen ist, so entsteht dadurch noch keine allgemeine Regel.

a) Wenn es in Saalfeldischen Statuten Art. 63. heißt: wass uf lengute stet, daz der wint bubet, und dy sonne beschint, dass ist vorne habe, (Walch, Beitr. z. d. R. Th. 1. S. 29.) so kann dieß wohl nicht auf Bäume bezogen werden, sondern auf die Saat und Früchte auf dem Felde, welche auch der Sachsenspiegel Bd. 2. Art. 58. zur fahrenden Haabe zählt.

3) Die angeführte Parömie kann nur da gelten, wo ihr Gebrauch durch Gewohnheit und Gesetz ausdrücklich bestätigt ist.

Diese Meinung haben angenommen: Eisenhardt, (Gr. d. deutsch. PR. in Sprüchwörtern S. 190.) Danz, Handbuch des deutsch. PR. Bd. 2. S. 473.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 180. (M. §. 134.)

Unter Jahr und Tag ist außerhalb Sachsen ein Zeitraum von Jahr und Monat zu verstehen.

1) Aus dem longobardischen Lehnrrechte ergiebt sich, daß mensis und dies gleichbedeutend sind. In I. F. 22. heißt es: ut nemo miles inter annum et mensem vadat, ut beneficii sui a filio vel successore domini sui petat. In II. F. 24. heißt es dagegen: quod sivosallus per annum et diem domino suo mortuo steterit, quod heredem domini sui, investituram petendo, fidelitatem pollicendo, non adierit, tanquam ingratus existens beneficium amittat. Eben so in Tit. 40. p. Tit. 55 Cujac ist zwar der Meinung, daß jene Stelle corrumpirt sey, da in den Codices statt mensis, dies stehe, dem auch v. Braun, (Vertheidigung der Cujacischen Meinung des Texts I. F. XXII. c. 1. in Zepernick Samml. Th. 1. n. VIII. beistimmt; allein diese Meinung ist nicht anzunehmen. (Mauritius, Positiones jur. feud. Decad XI. pos. 1. in opuscul. p. 621.)

2) Daß nun diese Bedeutung nicht blos auf das Lehnrecht beschränkt ist, sondern auch in Allodialfällen außerhalb Sachsen angewandt wird, bezeugen bewährte Rechtsgelehrte, als: Wernher, (Select obs. for. P. 8. Ob. 383.) Wisand, (jurist. Handbuch S. 588.)

3) In Sachsen, auch in einigen andern Landrechten und Statuten wird darunter eine Zeit von einem Jahre, sechs Wochen und drei Tage verstanden. (Besold, thes. pract. voc. Jahr und Tag. Carpzov,

jurisp. for. P. 2. const. 3. def. 5. und p. 4. const. 46. def. 3.)

Hiermit stimmen überein: Elsässer, (gemeinnütz. Beobachtungen und Rechtsfälle B. 1. not. II.) Eisenhardt, (Gr. des deutschen Rechts in Sprüchwörtern S. 242.) Böhmer, (principia jur. feudalis §. 187.) Wiesand, (de origine anni saxon. eiusque usu; Vit. 1796.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Fromann, (de jure retractus murtenbergico §. 21.) Pufendorff, (observat. jur. T. 2. app. 173.) v. Braun, (a. a. O. S. 124. 126.) Nach dem Pr. L. R. Th. 1. tit. 10. §. 49. wird unter Jahr und Tag, ein Jahr und 30 Tage verstanden.

§. 181. (M. §. 135. not. I.)

Der, welcher das siebzigste Lebensjahr zurückgelegt hat, von dessen Aufenthalte und Leben keine Nachricht eingegangen, ist dennoch nicht für todt zu halten.

1) Die Aeußerung des Sängers (Psalm 90. v. 10.) unser Leben währet siebenzig Jahre, und wenn es hoch kommt, achtzig Jahre, ist für den Juristen unverbindlich, läuft auch gegen die tägliche Erfahrung.

2) Nimmt man auf das römische Recht Rücksicht, welches jene Regel nicht kennt und entscheidet nach der Analogie d. B. 56. D. de usufruct. so müßte man das 100ste Jahr annehmen. (Homel, septuagenarius absens factus, quando mortuus praesumatur. Lpz. 1751.)

3) Die Gesetze des Mittelalters [a]) und neuere [b]) enthalten verschiedene Bestimmungen. Aus allen diesen ergiebt sich, daß nach dem gemeinen Rechte keine blos auf den Ablauf einer gewissen Zeit gegründete Vermuthung statt findet.

a) Schwabenspiegel, Art. 385. sagt: wir bezeugen mit dem Psalter (Psalm 90. v. 10.) wol mit andern Geschrift, daß der man zu seinen Tagen recht kommen ist, wenn er das 80ste Jar alt wird.

b) Der Code Napoleon, Lib. 1. tit. 4. art. 129. nimmt das 100ste Jahr an: das P. L. R. Th. 1. tit. 1. §. 38. das 70ste Jahr.

Dieser Meinung sind: Faber, (Codex definit. for. L. V. tit. 40. Def. 4.) Voet, (comment. ad, P. Lib. XXXVIII. tit. 17. §. 16.) Finckelthaus, (Observat. obs. 100.) C. F. Pfund, (spec. de probat. vitae Alton. 1743. §. 13.) v. Glück, (Pandecten Comment. B. VII. S. 494.) Bolley, (vermischte jurist. Aufsätze mit Erkenntnissen B. 1. Stuttg. 1831. Abh. 3. Mittermaier, (a. a. O.)

Der entgegengesetzten Meinung sind: Barth, (dissensuum in praxi occurrentium art. V. Diss. 459.) Carpzov, (Part. III. const. XV. Def. 57.) Leyser, (Spec. 95. m. 5.) Schmidt, (öffentl. Rechtssprüche n. 3. 4.) Gmelin und Elsässer, (gemeinnützl. Beobachtungen Bd. 4. n. 2.) Walch, (Introd. in controv. jur. civil. p. 38. §. 8.) Böhmer, (Rechtsfälle B. 3. Abh. 1. Resp. 176. n. 19. S. 7.)

Anmerk. Daß früher, ehe der Verschollene dieses Alter erreicht hat, die Todeserklärung statt finden kann, nimmt an: Schmelzer, (Comment. de probabilitate vitae eiusque usu for. Goett. 1787. Sect. II.)

§. 182. (M. §. 135. not. III.)

Die Zeit des Erbanfalls ist die, wo die Todeserklärung erfolgte und rechtskräftig wurde.

1) Der Tod eines Menschen muß entweder erwiesen seyn, oder es treten gesetzliche Vermuthungen an die Stelle des Beweises; keine gesetzliche Vermuthung ist aber so stark, daß nun wirklich anzunehmen, der Mensch sey gestorben: dies kann weder von dem, welcher das 70ste Jahr erreicht hat und verschollen ist, noch überhaupt von dem gesagt werden, der lange Zeit abwesend, und über dessen Leben oder Tod keine weiteren Nachrichten eingegangen sind. (§. 181.)

2) Für rechtlich todt ist außer den gewöhnlichen Fällen erst der zu halten, über dessen Tod die Todeserklärung erfolgt ist, und rechtskräftig wurde: es ist jetzt rechtlich gewiß, und nach dieser Zeit kann die Erbfolge eröffnet werden, es ist aber nicht absolut gewiß, denn er kann dennoch am Leben seyn und zurückkehren.

3) Auf die Zeit, wo er verschollen ist, (Successio ex tunc) kann nicht Rücksicht genommen werden. Denn a) die fictio legis Corneliae (L. 10. pr. D. de captivis,) welche zur Unterstützung gebraucht wird, paßt nicht auf unsere Verfassung, auch kann kein analogischer Schluß statt finden, weil die Fälle ganz verschiedene sind. (v. Glück, Intestat-Erbfolge S. 8. §. 2.) b) Wenn ferner angeführt wird, daß der Verwandte, der zu der Zeit, da die letzte Nachricht einlief, der nächste war, auch Erbe seyn müsse, indem die Erbfolge ihm rückwärts zufalle, auch die cura des Vermögens deshalb überlassen worden, so ist dieß ganz hinfällig. Denn wenn gleich bei Güterverwaltungen auf die Erbfolge mit Rücksicht genommen wird, so geschieht dieß doch nur der Hoffnung einer künftigen Erbfolge wegen, nicht aber wegen eines gewissen und unwandelbaren Erbfolgerechts. Es ist der nämliche Fall bei der Bestellung eines Vormundes, wo auch auf den nächsten Erben zur Zeit der Bestellung der Vormundschaft Rücksicht genommen wird, ohnerachtet ein ganz Anderer zur Zeit des Todes des Pflegebefohlenen succedirt.

4) Auf die Zeit des präsumtiven Todes, auf den Ablauf des 70sten Jahres des Verschollenen, (Successio ex nunc) kann eben so wenig ankommen; denn aus dem Satze: septuaginta annis major pro mortuo habetur, fließt noch nicht ergo antea vixisse praesumebatur, indem jener Satz nur so viel entscheidet, daß überhaupt die Person für todt anzunehmen sey, nicht aber nothwendig auch in sich schließt, daß sie gerade jetzt in diesem Augenblicke ihr Ziel erreicht habe. Denn die Folge antea vixisse praesumebatur ist eben der Punkt, worüber gestritten wird.

Die durch die Praxis herrschend gewordene Vermuthung, daß nach zurückgelegtem 70sten Jahre der Verschollene als todt anzunehmen ist, geht nicht dahin, daß der Verschollene gerade in jenem Augenblicke gestorben sey. Man hat vielmehr rathsam gefunden, einen festen und unwandelbaren Zeitpunkt anzugeben, nach welchem sich die Intestaterbfolge richten soll; die Zeit, da der Verschollene wirklich gestorben ist, hat man aber nicht gewagt, vermuthungs-

weise zu bestimmen. Der zur Zeit des Ablaufs des 70sten Jahres nächste Erbe rückt nicht deshalb ein, weil der Verschollene als in diesem Augenblicke hingeschwunden vermuthet wird, sondern vielmehr, weil die bestimmte Reihe von Jahren abgelaufen, aus deren Ablauf man schließen kann, daß der Verschollene nicht mehr am Leben sey. Es kann sonach nicht von einer bestimmten Todeszeit, sondern nur von einem bestimmten Zeitmaaße die Rede seyn, nach dessen Endigung jene Wirkung hervorgebracht werden soll. Allein auch diese Gründe sind von wenigem Gewicht.

Mit jener richtigen Meinung stimmt überein: Eichhorn, (Einleitung §. 328.) s. a. Pr. Lr. Th. 1. tit. I. §. 34. II. 18. §. 823. 835. Oesterreichisches Gb. §. 227. 278. Der entgegengesetzten Meinung sind und nehmen eine successio ex tunc an: Richter, (Decis. Part. I. Dec. 65. n. 7.) Carpzow, (jurisp. for. P. III. const. XV. Def. 49.) Lyncker, (Discept. for. res. 357.) Müller, (ad Struv. Tom. I. exercit. X. §. 66. p. 656.) Mevius, (P. II. Dec. 13. n. 3.) Schultes, (Exercitationes Ex. XV. th. 17.) Wernher, (Tom. III. obs. ob. 48.) Cocceji, (jus controvers. Lib. V. tit. III. Quaest. 21.) Berger, (respons. Part. II. resp 166. n. 2.) Lyncker, (quando absens pro mortuo habeatur 1722.) Crellius, (Diss. quando curator absentis heredis aeque proquinquos a successione excludat.) Schmidt, (öffentl. Rechtssprüche n. 3. und 4.) Hagemann, (practische Erörterungen B. V. E. 48.) Hellfeld, (jurispr. for. §. 1397.) sagt: bona iis cedant, qui eo tempore, quo de vita absentis nulla amplius memoriae existit, fuerint proximi, modo certum mortis tempus haud probetur. Eine Successio ex nunc wird angenommen von Leyser, (med. sp. 96. m. 9.) Berger, (Resol. leg. obst. p. 127.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. III. Bed. 104.) Behmer, (jus controvers. T. II Obs. XCIX. p. 584.) Koch, (Tract. de success. in bon. §. 14.) Walch, (Introductio in controv. j. civil. p 36.) Kind, (Quaestiones for. T. I. c. 64.) Seuffert, (practische Erört.

einiger Lehren aus dem deutschen PR. 1. Abth S. 53. 54.) Ortloff, (Gr. eines Systems des deutsch. PR. S. 559.)

II. Buch.

Von den dinglichen Rechten.

Erste Abtheilung.

Von dem Eigenthum und der Erwerbung desselben.

§. 183. a) (M. §. 136.)

Das echte Eigenthum fand nicht blos an Immobilien statt.

Das Characteristische des echten Eigenthums bestand darin, daß es nach der Volksgewohnheit (secundum legem) beurtheilt, und nur in einer durch diese bestimmte Successionsordnung vererbt wurde, nur durch Erbgang oder Uebertragung in einem echten Dinge (und zwar ursprünglich der großen Volksgemeinde des Gaues,) erworben, und eben so dem Besitzer nur durch ein Urtheil aberkannt werden konnte, alle nach germanischem Rechte im Eigenthum enthaltenen Rechte in sich faßte, und von Abgaben frei war.

Es ist dem dominio quiritario ähnlich, vorzüglich aber einer res mancipii, wenn man darunter Sachen versteht, die durch Kriegsgewalt öffentliches Eigenthum geworden, und dann in das Privateigenthum übergegangen sind; (wie Schröter, observ. jur. civil. Jen. 1826. p. 66. u. 80. annimmt.)

So wie bei der res mancipii, zur Uebertragung auf einen Andern, die feierliche mancipatio nothwendig war, welche öffentlich geschah in Gegenwart einer öffentlichen Person, und fünf anderer Römer als Zeugen, (Hugo, röm. Rechtsgeschichte §. 94.) so konnte auch die Uebertragung des echten Eigenthums nur öffentlich vor der Volksgemeinde geschehen, und so wie jene nur ein Quirites erwerben

konnte, so war es hier auch, indem der Vollfreie allein dazu fähig war.

Die Grundstücke, sofern sie Gegenstand des echten Eigenthums sind, heißen im Salischen Gesetz (Lex Salica tit. 62.) terrae salicae, und was waren diese anders, als Güter der salischen Franken, welche ihnen aus den eroberten Provinzen zufielen, frei von allen Abgaben, welche die vorigen Besitzer zu leisten hatten, und eben deshalb, weil sie eroberte Güter waren, nicht auf die Weiber übergingen (§. 176.)

So wie zu einer res mancipii *) nicht blos Grundstücke (in Italien) sondern auch Sclaven gehörten, so war dieß auch bei dem echten, wo sich die Leibeignen in demselben befanden.

Hiermit stimmt überein: Eichhorn: (Abh. über den Ursprung der städt. Verf. in v. Savigny, Zeitschrift 1. S. 151.) Das Gegentheil nimmt an: Mittermaier, (a. a. O.)

*) Es gehörten dahin auch Servituten, welche einem Grundstücke, das kein Gebäude ist, zustehen, Zug = und Lastthiere, doch blos die, welche als Inventarienstücken eines Guts zu betrachten waren. Denn Elephanten und Kameele wurden nicht dahin gezählt: Ulpian, Fragm. 19. 1. War dies anders bei dem echten Eigenthum? So wird in der Urkunde von 795. (in Bordam Charterbök van Geldesland p. 7.) bei dem Verkaufe einer Villa bemerkt: cum omnibus pertinentiis, pratis, pascuis, silvis, venationibus, piscationibus et molendinis.

§. 183. b) (M. §. 137. not. I.)

Die Pfändung hat auch dann statt, wenn der Schade durch Vieh veranlaßt ist.

Nach dem römischen Recht ist diese Frage: ob Schadenersatz dann statt finde, wenn der Schade durch Vieh veranlaßt ist, streitig. Leyer, (med. ad P. Sp. III. §. 1.) Stryck, (Us. mod. P. C. 1. n. 13.) Feltmann, (de inclusione animalium C. 2. §. 14.) Allein nach deutschem Recht ist solches unbedenklich. (Leyser, jus. Georg. C. II. n. 4.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. II. C. 6. §. 24. n. 2.) Der Pfandschilling gehört nicht dem Richter, wie Schott, (Inst. jur. sax. Lib. II. Sect. I. §. 27. not. 6.) behauptet: s. dagegen Homel, (d. flavius

v.

v. Pfand n. 2. S. 547.) Haubold, (Sächs. Privatr. §. 167. not. f.)

Ob dann, wenn bei der Pfändung ein Exceß erfolgte, die exceptio spolii statt habe? Cramer, (obs. jur. univ. P. III. obs. 927.) Nach richtigerer Meinung ist solche zu bejahen. Eichhorn, (Einl. §. 123.)

§. 184. (M. §. 138.)

Ueber den Grund der Parömie: Hand muß Hand wahren.

Die Bestimmung des römischen Rechts, ubi rem meam invenio ibi vindico, (vergl. L. 9. D. de rei vindicatione L. 13. C. eod. L. ult. C. de furtis) ist in dem deutschen Rechte mannigfältig modificirt: so können Sachen, welche auf öffentlichem Markte erkauft sind, nicht vindicirt werden, (Rechtsbuch Ruprechts, §. 77.—81.) oder die, welche in den Läden der Kaufleute erkauft sind, (Pr. Landrecht, Th. 1. tit. 15. §. 42. 44.) oder in öffentlichen Versteigerungen (Oester. Gesetzbuch §. 367.) oder bey den über Sand und See in eine Stadt gekommenen Mobilien (Hamburger Statuten v. 1270.). Vorzüglich aber tritt eine Beschränkung des römisch. Rechts ein durch den Grundsatz: Hand muß Hand wahren, wo man seinen Glauben verloren hat, muß man ihn wieder finden, welcher im Sachsenspiegel (Buch 2. art. 60.) begründet ist, und den auch mehrere Statuten, als die lübische (in Lib. III. tit. 2. art. 1.) Hamburger, (Lib. II. tit. II. art. 7.) und andere aufgenommen haben. Ueber den Grund dieses in neuern Gesetzen sehr modificirten Grundsatzes, vergl. Eichhorn, (Einl. zu d. deutsch. PR. §. 172.) der selbst da, wo der Sachsenspiegel gilt, nicht immer angenommen wird, als in Sachsen: (Kind, Quaest. for. Tom. 2. c. 39.) giebt es verschiedene Meinungen; von Boden (Diss. de rei vindicatione contra bonae fidei possessorem locum non habente th. 2.) setzt ihn darein: quia quisque fidem eius, quem secutus est, sequatur, et rem ex manu cui dedit, iterum reposcat;

womit auch von Gönner, (Archiv der Gesetzgebung B. I. n. XXVI. Kritik der r. Theorie, über die Eigenthumsklage gegen dritte Besitzer S. 469.) im Ganzen übereinstimmt. Heineccius, (elem. jur. germ. Lib. II. §. 368.) Stein, (Erläuterung des lüb. Rechts §. 226) nehmen an, daß er dadurch begründet sey, weil im Mittelalter durch den Leih = und Pfand = Contract das Eigenthum auf den Pfandinhaber oder Commodatar übergegangen sey. (Daß dieser Grundsatz ganz falsch ist, hat erwiesen Mittermaier, (Gr. des deusch. PR. §. 180. n. V.) Noch andere setzen ihn darein, weil das deutsche Eigenthum nur ein persönliches Recht begründe, wogegen Hasse, (Abh. Giebt es nach dem Sachsenspiegel ein Eigenthum an beweglichen Sachen? Zeitschrift B. 1. n. 2.) bemerkt: es sey dieß eben so klug, als wenn Nichtjuristen den Nachdruck zu einer Verletzung des Eigenthums (scil. an Gedanken) und zum Diebstahl machen, oder wie Kant, den Nachdrucker für einen negotiorum gestor ausgeben, Juristen aber ihnen gelassen nachbeten; denn so gut gemeint es auch seyn möge, so würde doch, wenn es allgemeine Nachahmung fände, die Sprachverwirrung in unserer Rechtswissenschaft bald eben so herrschend werden, als sie es in der Philosophie bereits seyn soll. (sic?)

Noch Andere sind der Meinung, daß er deshalb eingeführt sey, weil er den Handel und Verkehr erleichtere, sicher und zuverlässig mache; denn der Käufer werde abgeschreckt, wenn er befürchten müsse, daß eine Vindication gegen ihn in Ansehung desjenigen Guts statt fände, was er im guten Glauben an sich gebracht. Dieser Meinung sind: v. Rheden, (de stat. bremens. ad mercaturam compositis §. 31.) Mantzel, (de praestantia juris lubec. circa fidem civium augendam Rost. 1734. §. 4.) Gutschow, (D. de studiis lubec. promovendi comerciam imprimis Nomothesiae auxilio §. 10.) Eisenhardt, (Gr. des deutschen R. in Sprüchwörtern 4. Abth. not. IX. S. 348.) Runde, (Gr. des d. PR. §. 199.) Gegen diese Meinung bemerkt Hasse, (a. a. O. S. 38.) man könne es dahin gestellt seyn lassen, ob der angegebene

Vortheil aus Anwendung dieses Grundsatzes entspringe, gewiß aber werde niemand behaupten, daß das deutsche Volk darum den Rechtssatz angenommen, damit Handel und Wandel recht blühend werde; auch sey es irrig, daß es aus diesem Grunde in den Handelsstädten aufgenommen worden; denn sonach sey lange vor der Revision des lübischen Rechts vor der Mitte des 13ten Jahrhunderts dieser Rechtssatz angenommen. — Wer mit der Geschichte des Handels in Deutschland nur etwas bekannt ist, wird leicht die Hinfälligkeit dieses Grundes einsehen.

Noch Andere nehmen an, daß der Grund in der Eigenthümlichkeit des deutschen Vindikationsverfahrens zu suchen sey. Eisenhardt, berührt dieß schon, (a. a. O.) Eichhorn, (a. a. O.) Mittermaier, (a. a. O.)

Nämlich nach diesem Verfahren (nach Eichhorns Ansicht) mußte der Beklagte den Beweis seines Rechts führen, seinen Gewährer (Autor), von dem er die Sache erhalten hatte, stellen, was ein Zurückgehen auf die Gewährer nothwendig machte. Bei diesem Verfahren war der Beklagte der Gefahr ausgesetzt, nicht blos das Gut zu verlieren, sondern auch Buße und Wette zu bezahlen, wenn sein Vordermann die Gewähr verweigerte, oder der Kläger bis zu jenem nicht zu folgen brauchte. (Sächs. B. 2. Art. 36.) Nun ließ der Sachsenspiegel (in B. 2. Art. 60.) die Modification in dem Falle eintreten, wenn Kläger erklärte, daß er die Sache aus seinem Besitze gelassen, weil er dadurch einen bestimmten Gewährer selbst anerkannte, seine Gewähr gar nicht verletzt war, und nicht über Diebstahl klagen konnte. Der Eigenthümer hatte daher nur die persönliche Klage gegen den, welchem er die Sache anvertraut hatte. Dieser, aus der Ansicht von der deutschen Währe hervorgegangene Satz schien noch gerechtfertigt durch die Natur des Besitzes von Mobilien, indem nach deutschem Rechte der, welcher selbst das dingliche Band mit der Sache aufhob und einem Andern anvertraute, sich auch nur an den, welchem er traute, halten, und wenn er zu viel traute, sich selbst die Schuld beimessen mußte.

Noch Andere nehmen an, als: Cropp, (Ueber den Diebstahl nach älterm Rechte; in criminalist. Beitr. Hamb. 1825. 26. Heft 1. S. 3. Heft 2. S. 333.) Albrecht, (von Gewähr. S. 81.) Gaupp, (in der Rezens. Eichhorns Einl. in der allgem. Litz. 1831. not. 2. S. 84.) daß die Vindication beweglicher Sachen, welche der Eigenthümer freiwillig aus seiner Gewähr gelassen, aus dritter Hand von jeher ausgeschlossen gewesen, und kein befriedigender Grund dieser Ansicht aufzufinden sey. Denn

1) sey die Aufhebung der Vindication gegen den dritten Besitzer nicht als eine spätere Umwandlung des ursprünglichen Rechts anzusehen; wäre dieß wirklich, so müßte der Entwickelungsgang des deutschen Rechts bei diesem Institut als der Umgekehrte von demjenigen zu bezeichnen seyn, welchen dasselbe bei allen übrigen Instituten regelmäßig genommen hat; statt einen geistigen Charakter zu erhalten, wäre es in der That materieller geworden.

2) Die Stelle des Sachsenspiegels 2. 60. welche lautet: Wilch man einem anderen lehet oder seczet pferd oder clegt oder scheiner hande varnde habe. zu wilcher wis her die uz sinen geweren let. mit sime willen. verkouft si der si in geweren hot. oder versetzt her sie. oder verspilt her sie. oder wirt si ime gestolen oder abgeroubet. jene die sie verligen oder versatzt hat. der en mac da nich eine vorderunge uf haben. ane uffe der deme her leich oder versaczte. Die Worte nich eine vorderunge sind nicht auf etwanige Ansprüche des ursprünglichen Eigenthümers auf Wette und Buße gegen den ersten Empfänger zu beziehen, diese Erklärung würde gegen die Worte da — uf anstoßen, wobei nicht an Wette und Buße zu denken ist; sie können auf nichts anderes bezogen werden, als auf die im vorhergehenden und im folgenden Satze genannte, von dem ursprünglichen Eigenthümer verliehene oder versetzte Sache selbst. Der Sinn ist: — der mag darauf nur eine Forderung haben wider den, dem er sie lieh oder versetzte, d. h. also, er hat keine andere Klage als eine persönliche, und diese kann er gegen niemand anders an-

stellen, als gegen denjenigen, dem er die Sache lieh oder versetzte.

3) Die Stellen des vermehrten Sachsenspiegels IV. 13. und das Freiberger Statut (Schott III. 299.) sagen nichts neues im Vergleich zum Sachsenspiegel, sie wiederholen nur die Regel dieses letztern, suchen aber zugleich durch die ausdrückliche Unterscheidung der dinglichen und persönlichen Klagen jedem möglichen Mißverstande vorzubeugen.

Ganz entgegengesetzter Ansicht ist Appelius, *) (Abh. über den Rechtssatz: Hand muß Hand wahren in s. Beziehung auf d. Vindication bewegl. Sachen im Rheinisch. Museum für Jurisprudenz. 4ter Jahrg. 1tes Heft S. 52. u. s. f.) Er gestattet die Vindication gegen den Dritten nur in sofern, als der Vindicant zugleich eine gewisse Wahrscheinlichkeit beibringt, daß es keinen der Sache näherstehenden Berechtigten gäbe, oder mit andern Worten, daß keine neue obligatio rei sich bei dem jetzigen Besitzer gebildet habe, und wenn man dieß eigentlich meine, müsse man auch sagen, daß die Vindication ipso jure an und für sich wegfalle, so bald die Sache aus der Detention des Contrahenten gekommen sey.

*) Diese Abhandlung verdient eine besondere Berücksichtigung, ob man gleich nicht mit dem Verfasser in der Hauptsache übereinstimmen kann.

§. 185. (M. §. 138. not. II. 6.)

In den Fällen, wo nach dem Grundsatz: „Hand muß Hand wahren" die Vindication ausgeschlossen, kommt es auf bona fides des jetzigen Besitzers nicht an, wenn nicht die Statuten diese Eigenschaft ausdrücklich erfordern.

Nach dem Sachsenspiegel (B. II. art. 60.) hat die Regel (§. 183.) ihre große Ausdehnung, sie gilt bei jeder freiwilligen Entfernung der Sache aus der Währe; welche Absicht, welche Vereinbarung hier zum Grunde lag, war gleichgültig. Denn es heißt hier: „verkauft, vergab, versetzte oder alienirte er aber das gelehnte Gut, es sey welcher Hand es wolle, so hat der Commodans oder Ausleiher keine Ansprüche wider diejenigen, welchen es verkauft, vergeben oder versetzt worden."

Es ist daher ganz willkührlich, bei so deutlichen Worten den Rechtssatz auf den bonae fidei possessor zu beschränken; denn hätte dieß geschehen sollen, so würde es erwähnt worden seyn.

In einigen Statuten ist nun 1) dieser Satz übereinstimmend mit dem Sachsenspiegel angenommen: z. B. Lübeker, Lib. 3. tit. 2. art. 1. 2) in andern Statuten, wo der Grundsatz zwar aufgenommen, ist von der bona fides nichts erwähnt; daher ist anzunehmen, daß diese Beschränkung wegfällt, da jene Statuten aus ihrer Quelle zu erklären sind. 3) Giebt es Statuten und Landrechte, welche die bona fides erfordern: als das Hamburger v. 1603. Th 2 tit. 2 art 7. indem es daselbst heißt: „so mag derjenige, der es erstlich verliehen oder versetzt hat, darauf wider den Inhaber desselben, wofern derjenige solches mit guten Titul an sich gebracht, keine Fürderung haben.") Das Oesterreich. Gesetzbuch §. 367. Das Pr. Landrecht Th 1. tit. 15. §. 25. 26.*)

*) Ob der Grundsatz in Sachsen überhaupt noch statt findet, ist bestritten von Kind, Quaest. T. III. C. XXV.

Hiermit stimmen überein: Heineccius, (Elem. jur. germ. Lib. II. §. 368.) Stein, (Erläuterung des lübischen Rechts §. 226) Hasse, (in der Zeitschrift B. 1. Heft 1. n. 2. S. 39.) Heineke, (de paroemia jur. ger. Hand muss Hand wahren, inprimis ex jure stat. reip. bremensis; Goett. 1823. p. 49.) Mittermaier, (a. a. O.)

Das Gegentheil behaupten: Eisenhardt, (Recht in Sprüchwörtern Abh. 4. n. IX. not. 3.) Glück, (in s. u. Geiger herausgegebenen Rechtsfällen B. 3 S. 132.) Eichhorn, (Einleitung z. d. PR. §. 172. n. III.) Unterholzner, (Verjährungslehre B. 1. S. 320.) bemerkt: daß, wenn das Schuldverhältniß von der Art ist, daß es die Verpflichtung zur Herausgabe einer fremden Sache mit sich bringt, es ihm scheine, daß derjenige, welcher seine Verpflichtung zur Herausgabe der fremden Sache kennt, und dennoch die Sache nicht herausgiebt, im Sinne des kirchlichen Rechts sündlich handelt; wenn er

sie der conscientia rei alienae ungeachtet behält. Die Bestimmung des cap. ult. X. de praesc. würde daher mit Recht anzuwenden sein.

§. 186. (M. §. 139.)
Es giebt ein Gesammteigenthum im Sinne des deutschen Rechts.

Da nach dem römischen Recht das Gesammteigenthum (dominium indivisum) nicht ganz vertheidigt werden kann, so sind Einige bewogen worden, dieß überhaupt zu leugnen, und zwar darum, weil

1) das Eigenthum in der Befugniß besteht, über die Substanz der Sache frei zu verfügen; würde nun zwei Subjecten dieses Recht zustehen, so würden sich diese Rechte aufheben.

2) Positive, der Willkühr unterworfene Handlungen sind zunächst Object des Eigenthumsrechts, das Recht, Andere von diesen Handlungen auszuschließen, und die mit diesem Recht correspondirende allgemeine negative Verbindlichkeit ist Folge davon. Willkühr zweier Personen nun, welche dieselbe Handlung zu derselben Zeit vornehmen, würde sie aufheben; daher können zu keiner im Eigenthum enthaltenen Befugniß zwei Subjecte zugleich gedacht werden.

Dieser Meinung sind: Scherer, (Gütergemeinschaft. Th. 1 §. 5.) vorzüglich Hasse, (Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehel. Gütergemeinsch. Kiel. 1808. §. 12 — 18.)

Allein wenn man von einem andern Standpuncte ausgeht, so hat diese Lehre gewiß nichts unlogisches. Legt man nämlich den Rechtsbegriff unter, daß bei dem Gesammteigenthume eine moralische Person als das Subject des Eigenthums gedacht wird, und die Ausübung der in diesem enthaltenen Rechte als selbstständige Befugniß der Einzelnen angesehen werden müsse, so verschwinden die gemachten Einwendungen. Die Einzelnen besitzen zwar, als Subjecte des Eigenthums betrachtet, solches ungetheilt, (condominium pro indiviso s. in solidum) können aber in Rücksicht ihrer Theilnahme an der Ausübung der Eigen-

thumsrechte in sehr verschiedenartigen, durch die Beschaffenheit der einzelnen hierher gehörigen Institute bestimmten, Verhältnissen stehen, so daß insbesondere gleichartige Theilnahme an jener durchaus nicht den Charakter ihres Rechts ausmacht.

Dieses Gesammteigenthum, welches einmal durch die deutsche Praxis recipirt ist und zum Verstehen mancher Rechtsansichten dient, kommt vor bei den größern Associationen, nach welchen gewissen Districten Korporationen zustehen, bei Märkerschaften, Gewerbschaften, Hubmannschaften, dann bei gewissen Gerechtigkeiten, bei denen Mehrere auf gleiche Art zur Ausübung des Rechts im Ganzen befugt sind, z. B. bei der Koppeljagd und bei der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Eheleuten.

Hiermit stimmen überein: Danz, (Handbuch des deutsch. PR. Th. 2. S. 498.) Mittermaier, (a. a. O.) Eichhorn, (Einl. § 140.)

§. 187. (M. §. 140.)

Die Eintheilung in das dominium directum und utile ist nicht zu verwerfen.

Der Erfinder dieser Eintheilung ist Bulgarus, († 1166) dem Azo, († 1200.) und Accursius, († 1229.) gefolgt sind, wo sie alsdann in die Rechtsschulen und von dort in die Gesetze überging. Die Eintheilung der Klagen in actiones directae und utiles gab dazu die Veranlassung. Jedes Eigenthum, welches einer Person gegen die Strenge des Civilrechts eingeräumt ist, nannten die Glossatoren dominium utile, indem es blos durch eine actio utilis geschützt werden konnte; das Eigenthum hingegen, welches einer Person nach der Strenge des Civilrechts zusteht, hieß wegen der damit verbundenen actio directa, dominium directum. So heißt es in der Glosse ad leg. 1. 2. D. de bon. poss. (Bonorum possessio) tribuit dominium sc. utile, nam decretam solus heres habet. — Non autem (bon. poss.) vere sunt heredes, unde non habent petitionem hereditatis directam, sed utilem. In der Glosse ad leg. 3. D. de usurpat. Non solum usucapione quae-

ritur dominium, quod secundum omnes constat; sed etiam praescriptione, quod Martinus consessit. Sed Bulgarus dixit, principaliter quaeri exceptionem, secundario utile dominium. — Patet ergo quod hoc vocabulum dominii diversi modo accipitur pro directo et utili accurs. Die Glossatoren legten das dominium utile dem Vasallen, Emphyteuta und Superficiar bei. Glosse ad L. 2. D. de superficieb. Non enim iure directo sed utiliter superficiarius est dominus. Gloss. ad L. 1. D. si ager vectigal. Johannes — non dicit — quod (Emphyteuta) etiam utile habeat dominium, sed satis potest dici. — Verumtamen lex non vocat eum — dominum qui habet utiles actiones.

Mehrere sind der Meinung, daß diese Eintheilung ganz zu verwerfen sey; unter den Aelteren: Zasius, (opera Tit. de adquir. vel amitt. poss.) Alciatus, (opera Frankf. 1617.) Cujac, (opera ad tit. de rei vindicat. Ebend. quaest. papinianae Lib. 8.) unter den Neuern: Budäus, (Gedanken von dem gemachten Unterschied unter dem obern u. nützl. Eigenthum in Zepernick Samml. zum Lehnrecht Th. 4. n. 4.) vorzüglich Thibaut, (Versuche über einzelne Theile der Theorie des R. B. 2. n. 3.) welcher vorschlägt, den im römischen Rechte vorkommenden Ausdruck (L. 3. C. ubi in rem actio) dominii possessionis zu gebrauchen. Die vorzüglichsten Gründe, worauf sich diese Meinung stützt, sind:

1) die Eintheilung ist nicht in den Gesetzen gegründet;

2) sie ist unlogisch und unrichtig, denn es läßt sich mit dem Begriffe des Eigenthums, welches ein eigenes ausschließendes Recht ist, nicht vereinbaren, dasselbe als getheilt zwischen zwei Personen anzunehmen: es müsse sonach der, welchem das Obereigenthum, oder der, dem das nutzbare Eigenthum beigelgt wird, sich eine fremde und nicht seine eigene Sache anmaßen. Die beiden Arten vom Eigenthum lassen sich nicht auf einen exclusiven Gattungsbegriff zurückführen. (Vergl. auch den Aufsatz von dem Unterschiede des dom. dir. et utile in Günther und Otto Magazin für das Jahr 1786. St. 6. n. 2.)

Allein aus bessern Gründen haben Mehrere das Gegentheil angenommen, als: Runde, (Grundsätze des d. PR. §. 254.) Weber, (Handbuch des Lehnrechts Th. 1. §. 2. S. 13.) Eichhorn, (Einl. §. 160.) Mittermaier, (a. a. O.) Denn

1) betrachtet man die Verhältnisse, welche die Neuern unter das dominium utile stellen, als eine dem deutschen Rechte eigene Art des juris in re, bei welcher jenes der Proprietät in der Bedeutung, welche sie nach der Trennung der im dominium utile enthaltenen einzelnen Bestandtheile (als dominium directum) noch behält, entgegengesetzt, und für diese einzelnen Bestandtheile genommen wird, so ist der Ausdruck gewiß passend.

2) dadurch, daß man einige Eigenthumsrechte dem Ober-, andere dem nutzbaren Eigenthümer beilegt, wird das Eigenthumsrecht, weil dasselbe den Zusammenhang aller Eigenthums- und Gebrauchsrechte voraussetzt, noch nicht wie die Gegner annehmen, zerstört; denn so wie bei dem Miteigenthum das Recht der Proprietät bei mehreren Personen ungetheilt ruht, so ruht auch hier das Proprietätsrecht bei dem Landesherren und Vasallen, nur daß in Rücksicht desselben nicht zwischen diesen Personen ein gleiches ungetheiltes Recht obwaltet, sondern gewisse Rechte, welche aus der Proprietät fließen, dem einen gewisser als dem andern zugetheilt werden.

3) Die Benennungen sind ganz zweckmäßig und lassen sich nicht durch andere vertauschen. Denn weder das dem Vasallen zustehende Recht kann als ein bloßes jus in re, noch als ein römischer usufructus betrachtet werden, weil das Recht nicht an die Person des jetzigen Besitzers geknüpft ist, auch dem Vasallen die Befugniß zusteht, über die Substanz der Sache zu verfügen, z. B. Afterbelehnungen vorzunehmen; auch ist es kein deutscher Nießbrauch, (wie Heineccius, elem. jur. germ. Lib. II. annimmt), indem dieser eine fremde Sache voraussetzt, in der Lehnsverbindung aber mehr als ein bloßes Recht in einer fremden Sache liegt. Lang, (de dominii utilis natura indole atque historia eiusque in jure rom.

et germ. vestigiis. Goett. 1793.) Krug, (de natura d. d. et ut. feudorum ex principiis juris philosph. rite aestimanda. Lips. 1828.); auch nicht wie Woltär (in den Noten zu Möller Dict. jur. feud. C 2. D. 3.) behauptet, ist es ein Feudalnießbrauch. Es besteht vielmehr das Nutzeigenthum in dem mit dem Vindicationsrechte verbundenen Rechte der Disposition über das Gut unter denjenigen Beschränkungen, welche aus dem eventuellen Rechte des Obereigenthums fließen: das Obereigenthum dagegen bezeichnet das Recht desjenigen, welcher Ansprüche auf einzelne Leistungen des Gutsbesitzers und ein eventuelles Recht des Heimfalls des Guts an ihn in gewissen Fällen verbunden mit Vindication für diese Fälle hat.

4) Warum soll man nicht die Eintheilung beibehalten, durch welche die einzelnen Rechte des Lehnsherrn und Vasallen und der Berechtigten überhaupt, auf welche diese Eintheilung paßt, in einen kurzen, allgemein angenommenen und verständlichen Ausdruck zusammengefaßt sind.

Mühler, (Versuch einer Abhandlung über die Frage: ob der bisherige im Lehnrecht üblich gewesene Sprachgebrauch dom. dir. et dom. utile richtig sey? Halle 1785.) v. Berg, (juristische Beob. und Rechtsfälle Th. 1. n. xv. muß das Recht an Lehen dom. utile oder usufructus heißen? S. 284—287.) In neueren Gesetzen ist auch diese Eintheilung aufgeommnen, österreichisch. Gesetzbuch §. 357. Bay. Verfassungs-Urk. Beyl. VI. §. 4. Bay. Lehnverf. §. 79. Pr. Landrecht Th. 1. tit. 18. §. 1. Badensch. Landrecht v. 1809. §. 544. d. §. 377. a.

§. 188. (M. §. 141.)

Erbgüter sind altgermanisch und nicht erst in Mittelalter aufgekommen.

Wenn Walch (de jure liberorum bona a parentibus acquisita retrahendi in opusc. T. II. p. 310.) und Selchow, (juristische Bibliothek B. 1. S. 471.) behaupten, daß der Unterschied zwischen Erb- und erworbe-

nen Gütern erst zur Zeit der Einführung des römischen Rechts aufgekommen sey, so ist diese Meinung darum zu verwerfen, weil in den alten Volksrechten dieser schon vorkommt.

Die hereditas wird in der Lex Salica tit. 62. der terra salica entgegengesetzt, welche in der Lex ripuar. hereditas aviatica genannt wird; so auch in der Lex Saxonum tit. 15. und in der Lex burgundorum tit. 1. Art. 1. Marculf bemerkt in formulis L. 1. c. 33. 34. L. 2. c. 6. 7. 11. 12. 52. daß die bona avita bald sors, sortes, bald auch hereditas (L. Sax. tit. 7. §. 1. 5. 8.) genannt werden. Auch ist dieser Unterschied selbst in den Capitularen der Franken sichtbar, Cap. Carol. M. L. 3. c. 19. L. 4. c. 26. Cap. Car. calvi tit. 32. (bei Baluz. T. 2. p. 145.) So ist diese Eintheilung in die Rechtsbücher des Mittelalters übergegangen; auch in die altfranzösischen, (Laurière gloss. du droit francois Vol. II. p. 244.) schottischen und englischen, auch in spanischen, (Marina En sayo historico sobre la antiqua legislation de Leon y Castellia Mad. 1808. p. 192.)

Hiermit stimmen überein: Griesinger, (in Danz Handbuch des deutsch. PR. Th. X. S. 92.) Gaupp, (Schles. Landrecht S. 102 — 113.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 189. (M. §. 141. not. I.)

Der Gegenstand des Erbguts sind blos solche Güter, welche in Erbgang gekommen sind.

Die Erbeigenschaft stützt sich auf den Grundsatz, daß alles, was in den Erbgang gekommen, darin bleiben soll, und eben dadurch der Besitzer in der freien Disposition der Güter beschränkt wird.

Es können sonach darunter nicht die neuerworbenen Güter begriffen werden. Ein bonum adquisitum wird aber ein bonum avitum in dem Moment, wo es nach dem Tode des Eigenthümers durch Erbgang auf seine Nachkommen und Verwandten kam. Was für den Erwerber nur bonum adquisitum war, wurde für seine Erben bonum avi-

tum. In den Statuten von Stade heißt es: P. 1. §. 4. „Wo ein Mann und eine Frau Erbe (liegende Güter) kauft, das sind sie mächtig zu geben und zu gesellen, wem sie wollen, dieweil sie beide leben. So wenn aber Einer stirbt, so heißt dies Erbegut."

Unter dem Allode ist das Erworbene und Erbvermögen begriffen, indem es im Gegensatz des Lehenvermögens gebraucht wird. Dieß ersieht man aus der Ueberschrift der Titel des salischen und ripuarischen Gesetzes, de allode und de allodibus, in welchen nicht blos von der terra non salica et non aviatica, sondern ausdrücklich auch von der successio in die terra salica und aviatica gehandelt wird. (Dominicy (Prof. zu Bourges † 1650.) de praerogativa Allodiorum C. 7. §. 5. und Schilter Com. ad jus feudale Alemannicum C. 64. §. 5. nehmen zwar, aber ohne Grund, das Gegentheil an. S. a. Eccard in den notis ad leg. Salicam bei Canciani leg. barb. T. II. p. 104. n. 3.)

Dieß ergiebt sich auch aus den Gesetzen in der bekannten Constitutio Fried. II. (v. F. 13.) indem es hier heißt: Sancimus — si quis ex parentela habeat communem agrum, domum — et voluerit alienare — non ante liceat ei alienare quam denunciaverit illis quos vocavimus per ordinem in jus πρωτιμησεως. Hier sind die ersten Worte wohl zu bemerken, ex parentela habeat. In der Justitia Lubec. vom Jahre 1158. heißt es: Quicunque habet bona hereditaria et illa vendere proponit, primitus debet illa offerre heredibus proximis. Deutlicher noch in Cod. jur. lubec. von 1240. Art. CCXXII. „Wil gemen verkopen verstorven erve." Im alten julischen Lowbuch B. 1. c. 3. Dat vaderlicke Erve schall man des Vaters fründen, und dat moderlicke, schall man der Moder fründen anbeden. (Mehrere in Schröder vermischte Abh. B. 2. S. 162.) In friesischen Quellen des 13ten Jahrhundert ist nur vom Erbgut die Rede. (Haersma de origine test. fac. apud. Frisios p. 9. 11.)

Aus allen diesen ersieht man, daß die Beschränkungen bei der Veräußerung blos auf Erbgüter ging. Daß das Verbot in der Folge in manchen Gerichten auf die Immobilien überhaupt bezogen wurde, ist nicht zu leugnen. Freilich ist solches auffallend, da in den Quellen, die fast gleichzeitig mit dem Sachsenspiegel, oder bald nachher gesammelt sind, die Einholung des Consenses der Erben zur Veräußerung nur bei Erbgütern vorkommt. Will man das Wort eigen nicht auf bloße Erbgüter, sondern auf Immobilien überhaupt beziehen, so bleibt die Frage freilich wichtig, durch welche Umstände in so kurzer Zeit die Ansicht des Sachsenspiegels hat geändert werden können?

Hiermit stimmen überein: Ludovici, (de distinctione inter bona avita et adquisita Halae 1713.) Reinhard, (Abhandlung von dem Erbrecht der Töchter von den Stammvettern in d. Reichsallodien. Gieß. 1746.) Hellfeld, (de restricta illustrium alienandi facultate maxime quoad allodia avita. Jen. 1747.) Griesinger, (in Danz B. X. S. 99.) Mittermaier, (in der Rezension d. Schr: Gaupp schl. Landrecht in d. Heidelberg Jahrbüchern v. Jahre 1829. n. 10. S. 145. und a. a. O.) Sydow, (Erbrecht S. 183.) nimmt zwar das Gegentheil an, gestehet aber doch nachher, daß die auf den Sachsenspiegel bald folgenden Quellen die Beschränkung auf ererbte Immobilien kennen.

Das Gegentheil nimmt überhaupt an: Eichhorn, Rechtsgeschichte Th. 1. §. 57. §. 198. wo vom sämmtlichen Vermögen die Rede ist; Ebend in der Einleitung §. 157. wo am Ende bemerkt wird, daß die Beschränkung auf ererbtes Vermögen erst in neuerer Zeit hinzugekommen.

§. 190. (M. §. 141. not. II.)

Nicht blos das durch Intestaterbfolge sondern alles durch irgend einen Anfallstitel von Todeswegen von Ascendenten Herstammende galt als Erbgut.

Wenn dem Erben das, was er als Intestaterbe zu bekommen hat, durch ein Testament zugewandt wird, so

bleibt es Erbgut, und die Verschiedenheit des Titels bewirkt keine Verschiedenheit in Ansehung der Eigenschaft des Guts; nur wird vorausgesetzt, daß das durch Testament oder Schenkung übertragene Gut ein wirkliches Erbgut sey.

Hiermit stimmen überein: Bruns, (Diss. exhib. quaest. ex quibus titulis acquirendi colligi possit natura bonorum avit. sec. jus lub. Lub. 1819. p. 18.) Hüllmann, (Diss. observat. ad statuta Stadensia de an. 1279. cont. Goett. 1820.) Mittermaier, (a. a. O.) Hagemann, (pract. Erört. B. 7. n. xxxv. S. 95.)

Das Gegentheil wird angenommen von Hagemann, (Archiv Th. 6. S. 90. 120.)

§. 191. (M. §. 141. not. 3)

Unter den nächsten Erben, welche zur Veräußerung der Erbgüter ihre Einwilligung zu geben haben, sind nicht blos die Descendenten zu verstehen.

Einige sind zwar der Meinung als: Griesinger, (in der Forts. Danz Handbuch B. 10. S. 106.) daß unter den nächsten Erben blos die Descendenten zu verstehen sind, indem in den ripuarischen, salischen, alemannischen, westgothischen und burgundischen Gesetzen blos von einer Beschränkung durch Kinder, nicht aber durch andere Anverwandten die Rede sey, eben so nicht in den Kapitularen.

Nach der richtigern Meinung aber, die Eichhorn (Reichs- und Rechtsgeschichte Th. 1. §. 57.) Gaupp, (Schlesisch. Landrecht S. 114.) Sydow, (Erbrecht nach dem Sachsenspiegel S. 198. — 218.) Mittermaier, (a. a. O.) vertheidigen, ist auch der Consens anderer näherer Verwandten nothwendig. Dieß ergiebt sich theils aus der germanischen Familienverbindung und aus der Verpflichtung zur Blutrache, theils aus den Formeln bei Consenseinholung und aus der Ausdehnung des Retractsrechts.

Allein bei der großen Verschiedenheit der Statuten läßt sich nicht bestimmen, auf welchen Grad der Verwandtschaft das Einspruchsrecht beschränkt sey. So viel ist wohl anzunehmen, daß man die Worte: consensu omnium

heredum nicht buchstäblich nehmen kann und daraus, daß oft in Urkunden bunt durch einander sehr entfernte Verwandte neben näheren als consentirend angeführt werden, sich nicht die Nothwendigkeit dieses Consenses aller in der Urkunde genannten ableiten läßt.

Die Geistlichen als Concipienten der Urkunden, thaten hier aus besonderen Gründen mehr als nothwendig war, und ließen viele Verwandte unterschreiben. Selten enthalten die Gesetze hierüber genaue Bestimmungen. Merkwürdig ist hier das Statut v. Seeland v. 1256. (Mieris Charterboek 1. p. 307.) wo blos außer den fratres, sorores, filii filiaeque eorundum patrui, avunculi, materterae et amitae genannt worden, mit dem Zusatz et non alterius. In der Urkunde v. 1296 (Thuringa sacra p. 367.) consentiren die heredes immediati, d. h. Kinder, und mediati, Brüder.

§. 192. (M. §. 142. not. 2.)

Familienfideicommisse können blos von Adeligen errichtet werden.

1) Der Zweck der Errichtung der Familienfideicommisse ist kein anderer, als um den Glanz und das Ansehn der Familie zu erhalten; dieser Zweck fällt bei bürgerlichen Personen weg.

2) Nur der, dem das Recht der Autonomie zusteht, hat die Befugniß, Familienfideicommisse zu errichten; dieses aber steht dem Bürgerlichen nicht in der Art wie dem Adeligen zu.

3) Der Satz: wer freie Disposition über sein Vermögen hat, hat auch die Befugniß, über seine Güter so zu verfügen, daß sie bei seiner Familie bleiben, und sonach auch das Recht der Errichtung der Familienfideicommisse — ist ganz unrichtig; denn wenn jemand noch so freie Befugniß hat, über seine Güter zu verfügen, so muß er sich doch bei dieser Verfügung nach den vorhandenen Gesetzen richten: diese aber gestatten nicht, daß er eine solche Verfügung machen kann.

Hier=

Hiermit stimmen überein: W. Burckhardt, (Diss. de hereditate quadruplici sive de genere bonorum quadrupli in success. illustrium a se invicem separandis. Marb. 1755. C. IV. §. 51.) Richter, praes. Bodman, (Tentamen theoriae de fideicomiss. illust. Mog. 1790. C. 2. §. 1. §. 10.) von Selchow, (Elem. j. germ. §. 556.) Pütter, (auserlesene Rechtsfälle B. 2. Th. 1. Resp. 186.) H. Hersemeier, (Diss de pactis gent. fam. illust. et nobilium germ. Mog. 1788. §. 5.) s. a. Bair. Verf. Urk. Beil. VII. §. 1. Familienfideicommisse — können künftig nur zum Vortheil adeliger Personen und Familien errichtet werden.

Das Gegentheil behaupten: Knipschild, (de fideic. fam. nobil. Ulm. 1693. Cap. III. §. IV. n. 32.) von Oetting, (Diatr. de fideicommiss. Helm. 1734. Cap. III. §. 9.) v. Kreitmeier, (Anmerk. zum Cod. Max. B. III. c. 10. §. 5. lit. d.) C. Kephalides, (de alienatione fideicommiss. familiae. Erl. 1793. §. 8.) Dalwigk, (Versuch einer Darstellung. Wisb. 1822. S. 67.) Eichhorn, (Einl. zum deutschen PR. §. 368. n. II.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Cod. Maxim. Th. 3. K. 10. §. 5. Pr. Landrecht Th. II. tit. IV. §. 47.

§. 193. (M. §. 142. not. IV.)

Dem Fideicommißbesitzer steht ein dominium utile zu.

Daß alsdann, wenn das Fideicommiß Lehenseigenschaft hat, dem jedesmaligen Besitzer ein dominium utile zusteht, ist keinem Bedenken unterworfen. Wenn aber auch die Lehenseigenschaft fehlt, kommt ihm solches doch zu. Denn

1) der Name Stammgut, womit diese Güter bezeichnet werden, deutet ihre Natur an; er führt auf den Stamm, die Familie als Eigenthümerin solcher Güter hin. Das Fideicommiß muß als Eigenthum der Familie betrachtet werden, nicht nur weil deren Erhaltung der Zweck der Errichtung ist, sondern auch weil das ganze bisherige Rechtsverhältniß auf diesem Principe beruht.

2) Der jedesmalige Besitzer ist nicht blos ein römischer Usufructuar, indem demselben weit mehrere Rechte als diesem zustehen, unter andern das Vindicationsrecht.

Hiermit stimmen überein: Brand, (de natura bonorum avitorum. Marb. 1746. §. 27.) Gönner, (Archiv f. Gesetzgebung und Ref. d. jurist. Stud. B. 2. Heft 2. not. x. S. 222.) s. a. Pr. L. R. Th. 2. tit. IV. §. 73. Oest. Gesetzb. §. 630. Bair. Verf. Urk. Beil. VII. §. 44. Der Fideicommißbesitzer hat alle Rechte und Verbindlichkeiten eines Nutzungseigenthümers.

Der entgegengesetzten Meinung ist: Mittermaier, (a. a. O.)

§. 194. (M. §. 142. not. VI.)

Ist der Nachfolger im Fideicommiß Erbe des Fideicommisses geworden, der eine Veräußerung vorgenommen, so fällt die Revocation hinweg.

1) Daß der Fideicommißbesitzer den vom Stifter berufenen Nachkommen keine Rechte entziehen kann, und sonach eine jede Veräußerung des Fideicommisses oder eines Theils desselben nichtig und den Nachfolger zur Revocation berechtige, ist ein von den meisten Rechtsgelehrten anerkannter Grundsatz, (Richter, (Bodmann) tent. de fideicommiss. fam. illust. p. 150. Nettelbladt, exercit. acad. n. 22. Stryck, Diss. halens II. n. 28. Dalwigk; Versuch einer Darstellung S. 75.) den auch mehrere Particulair-Gesetze bestätigen; C. Maximil. bav. Th. III. C. 10. §. 23. Bair. Verf. Urk. Beil. VII. §. 52.

2) Ist das Fideicommiß lehnbar, so finden die Grundsätze des longobardischen Lehnrechts Anwendung, nach welchen der Sohn, nicht aber die Agnaten schuldig sind, die facta des Vaters zu prästiren; (II. F. 45.) obgleich Ludolph, (Symphormata consult. et dec. T. II. dec. 24. p. 1063.) sagt: non simpliciter admissa est in Camera imperialis thesis, quod filius successor in feudo avito aere alieno obstringatur. s. Zwierleins, (Nebenstunden. Abh. 3. §. 15. S. 81.)

3) Daß ein an sich ungültiges Factum den Erben nicht verbinde, läßt sich im Allgemeinen nicht annehmen. So bestimmt unter andern das römische Recht in L. 14. C. de rei vind. daß, wenn gleich der Verkauf eines fremden Guts nichtig sey, der Sohn solchen gelten lassen müsse, wenn er der Mutter Erbe geworden. Es kommt auf den Nachfolger an, ob er Erbe seyn will oder nicht; in jenem Falle kann er, in sofern das veräußerte Fideicommiß nicht mehr beträgt als die Erbschaft, nicht revociren; die nullitas, welche den Verkauf hindert, ist blos respectiv, nicht absolut, weil die gemeine Wohlfahrt keinen Abbruch leidet, wenn ein Fideicommiß aufgehoben wird, welches nur den Nachkommen des Fideicommittenden zum Besten errichtet worden, welche ihren daraus entsprungenen Rechten entsagen können.

Dieser Meinung sind: Leyser, (Med. ad P. sp. 403. med. 3.) Struben, (rechtl. Bedenken B. 1. Bed. 27. § 2.) Eichhorn, (Einleitung §. 371.)

Der entgegengesetzten: Knipschild, (a. a. O. n. 408.)

§. 195. (M. §. 142. not. VIII.)

Die Aufhebung des Fideicommisses kann nur mit Bewilligung aller Interessenten und Bestätigung der Obrigkeit erfolgen.

1) Da das Fideicommiß das Eigenthum der ganzen Familie ist, so kann die Aufhebung desselben nur mit Bewilligung aller derer erfolgen, welche auf solches Ansprüche haben. Daher ist nothwendig die Einwilligung

a) der jetzt lebenden männlichen Mitglieder der Familie. Unmündige werden durch die Vormünder vertreten.

b) der weiblichen Mitglieder, wenn es ein cognatisches ist, indem sie alsdann ein gleiches Interesse wie die männlichen Erben haben; ist es aber ein agnatisches, blos in dem Falle, wenn bestimmt ist, daß nach Abgang des Mannsstammes das Fideicommiß auf die weiblichen Nachkommen übergehen soll, was zu vermuthen ist. Westphal, (deutsches Privatrecht Th. 2. Abh. 57. §. 10.) s. a.

Schott, (über die Natur der weiblichen Erbfolge in — altväterl. Gütern nach Erlöschen des Mannsstammes. 1809.)

2) Die, welche noch nicht geboren, aber schon concipirt sind, müssen Curatoren erhalten, die Posthumi oder die zu hoffenden Nachkommen brauchen nicht vertreten zu werden; unter dieser Einschränkung ist der Grundsatz: nondum natorum nulla sunt jura, zu verstehen. (In einer Urkunde von 1260. wird den nachgebornen Kindern kein Recht zur Umstoßung eingeräumt. Wiegand, Archiv f. d. Geschichte Th. 2. S. 70.)

3) Ob der Consenz der Familienmitglieder gleich zur Zeit der Aufhebung vorhanden, oder erst nachher hinzu kommt, ist indifferent. (Stryck, Tr. de cautel. test. C. XXI. memb. II. §. 12.) Auch selbst stillscheigend kann diese Zustimmung erfolgen, wenn der Agnat der Veräußerung nicht widerspricht, oder zu der Zeit, wo er zum Widerspruch berechtigt war, diesen nicht geltend macht. J. G. v. Hackemann, (Observ. de agnatis contractui alienantibus praesentibus, silentibus seu illum subscribentibus, in Zepernick, Annal. jur. feud. T. I. Obs. 78. und Geiger u. Glück, (Rechtsfälle Th. 2. n. 20. §. 7.)

4) Abgesehen davon, ob die landesherrliche oder gerichtliche Bestätigung einer Fideicommißurkunde nach ältern Gesetzen nothwendig sey, so ist doch solche in dem Falle, wenn das Fideicommiß aufgehoben werden soll, vorzüglich alsdann, wenn Minderjährige vorhanden, wo die obervormundschaftliche Aufsicht mit in Betracht kommt, durchaus erforderlich, um dadurch jeder Anfechtung vorzubeugen, und Irrungen zu verhüten. Sie setzt eine genaue Untersuchung voraus und kann nur alsdann erfolgen, wenn Ursachen vorhanden sind, die das Wohl der Familie betreffen.

Dieser Meinung sind: Knipschild, (de fideic. famil. Cap. II. n. 151.) Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 3. C. 10. §. 24.) Westphal, (deutsches Privatrecht Th. 2. Abh. 57. §. 23.) Struben, (rechtl. Bedenken B. 1. n. 27. B. 4. n. 76.) Leyser, (Meditat. ad P. sp. 403. med. 3.) Nettelbladt, (Diss. de successore ex pacto et provid. major. C. 1. §. 7. 8.) Kapf,

(civil. Rechtssprüche n. 1.) Eichhorn, (Einl. §. 371.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. bair. Verf. Urk. Beil. VII. §. 97. Badisches Landrecht §. 577. K. 5.

Andere dagegen nehmen an, daß die Einwilligung aller sämmtlichen lebenden Interessenten, die ein Recht zur Succession in das Fideicommiß haben, genüge, und wenn diese vorhanden, kann später gebornen Berechtigten die Befugniß der Anfechtung zustehen. Diese Meinung stützt sich auf die L. 120. §. 1. de legatis I. L. 2. de fideicommis. und wird vertheidigt von Hellfeld, (Diss. de fideic. famil. illustr. eorumque si alienata sunt revocatione §. 53. 59.) Beck, (de licita maioratuum et fideicom. fam. nobilium alienatione C. 2. §. 17.) Mellmann, (select. capita doct. de fideicommiss. fam. nobil. Sect. §. 14. p. 90.) Kephalides, (Diss. de alienat. fideicommiss. fam. §. 19.) Geiger und Glück, (Rechtsfälle B. II. not. XXIII. §. 9.)

Noch Andere sind der Meinung, daß, wenn auch alle jetzt lebende Familienfideicommißinteressenten in die Veräußerung gewilligt, dadurch noch nicht die Befugniß der Nachkommen ausgeschlossen werde, das veräußerte Fideicommiß zu revociren; als: Ludolph, (Symph. decis. et cons. Vol. III. c. 25.) von Cramer, (wetzl. Beiträge Th. II. not. IV. p. 28. und Observat. jur. univ. T. 1, obs. III. §. 7.) Hertel, (Diss. de alienat. fideicommiss. familiae vel omnib. etiam de ea consentient. illicita. Jen. 1737. §. 28. 41.) Schmidt, (Diss. de fideicommiss. quae alienari poss. et non possunt §. 32.) Behmer, (jus controvers. T. 1. obs. 50.) Madihn, (Princip. jur. rom. de success. §. 229. p. 294.) Müller, (Observ. pract. ad Leyserum. T. IV. fascic. 1. Obs. 629. 630.) Lochner, (Abh. Kann eine mit Einwilligung aller Interessenten geschehene Veräußerung von den nachgebornen Kindern aufgehoben werden? Bamb. 1795.)

§. 196. (M. §. 144. a)

Zur Veräußerung unbeweglicher Güter ist die gerichtliche Auflassung nothwendig.

1) Ohne Rücksicht auf öffentliche Lasten erfordern schon die ältern Gesetze: Lex ripuar. Tit. 59. §. 1. Tit. 60. §. 1. die gerichtliche Auflassung; die nämliche Bestimmung enthält der Sachsenspiegel, B. 1. Art. 52. (Ane erben gelob und ane echt ding en muz nieman sin eigen noch sine lute gebn.) das Magdeburg. Weichbild Art. 20. (Nun horet und vernehmet, ob ein man sein eigen vergeben will binnen weichbild, wie er das thun soll. — Er soll komen zur rechten dingstatt mit dem, der es empfahen soll? — wen ers dann vergeben und jener empfangen hat, — so bittet er die einweisung von gerichtshalben.)

2) Hiermit stimmen auch die meisten Particulär-Gesetze überein: Sächs. Dec. 61. v. J. 1661. (Cod. Aug. 1. 324.) Mainz. LR. tit. 24. §. 7. (Weingarten Cod. bohem. p. 292.) Böhmisches LR. S. 277. Pfalz. LO. tit. 15. LR. P. 2. tit. 7. Würtemb. LR. S. 25. (viele andere in v. Selchow, elem. j. g. §. 430. not. 9.) Oestr. Gesetzb. §. 431. — 446. Pr. LR. Th. 1. tit. 10. Pr. Hyp. Ord. tit. 2. §. 49. — 103. Nach einigen ist sie unnöthig. s. Cod. Max. Th. 2. K. 3. §. 7. v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Th. 2. Cap. 2. §. 6. n. 4.)

3) Der Grund der Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung liegt darin, weil dem Staate daran liegt, daß keine Ungewißheit wegen der Besitztitel entstehe, und weil auf den Grundstücken öffentliche Lasten haften.

Dieser Meinung sind: Carpzow, (Resp. elect. Lib. 1. resp. 102. Lib. V. resp. 40.) Verpooten, (Tr. de inv. allodiorum ejusdem originibus usu et auctor. praesente c. praef. Conradi; Helm. 1743.) C. G. Stecker, (Diss. de resignatione dominii judiciali jure. Sax. necessaria. Erf. 1722.) Bastineller, (de investitura bon. allod. Vit. 1738.) Selchow, (elem. jur. germ. §. 430.) Leyser, (Med. ad P. S. 446. m. 1—3.)

Pufendorff, (T. 1. obs. 95. T. 3. ob. 80. 81.) Runde, (deutsch. PR. §. 259.) Haubold, (K. S. Privatrecht §. 187.)

Das Gegentheil vertheidigen: Frantzke, (variar. resol. Lib. 2. 9. 12.) Wernher, (D. de effectu traditionis rer. immob. allod. sine judiciali invest. Vit. 1726.) Bauer, (de re immobili absque resignatione et invest. judiciali vendita et tradita. Lpz. 1759. und in op. T. 1. p. 277 — 283.) Schröter, (Abh. Th. 1. S. 441.) Danz, (Handb. des deutsch. PR. B. 2. §. 260. S. 493.) Mittermaier, (a. a. O.) f. a. u. Zachariä, (Ueber die Lehnsauflassung bei Erbgütern; in s. Annalen Th. 2. n. 24. S. 264 — 266.)

Anm. 1. Ob zur Verjährung der Grundstücke die gerichtliche Uebergabe nothwendig oder die außergerichtliche hinreichend sey? Griebner, (Diss. de jur. incerto ex dubia legum, quibus utimur, auctoritate oriundo. §. 9. in opusc. T. 4. p. 102.) Berger, (Diss. de utilitate usucapionis in prob. dominio § 22.) Wernher, (P. 3. ob. 25. 2.) Ob der Richter bei der Lehnsreichung der Grundstücke die Pflicht habe, den Empfänger des Guts mit den darauf haftenden Hypotheken bekannt zu machen? wird bejaht von C. W. Kayser, (Abh. Ueber die bei gerichtlicher Zuschreibung verkaufter unbewegl. Güter eintretenden Pflichten des Richteramts in Ansehung verschwiegener Hypotheken nach K. S. Recht, nebst einem Gutachten d. jurist. Fac. zu Halle. Lpz. 1819.) verneint von Lepsius, (Ueber den Begriff und das Wesen der investitura saxonica. Naumb. 1820.)

§. 197. (M. 145. lit. a.)

Die Schätze sind nicht zu den Regalien zu zählen.

Die Regalität der Schätze läßt sich nicht

1) aus dem Sachsenspiegel Lib. 1. art. 35. erweisen. Es heißt hier zwar: al schacz under der erden begraben tiefer den ein pflug ge, der gehoret zu der koniglichen gewalt. Allein, daß diese Stelle nicht auf

die Schätze, sondern blos auf Metalle zu beziehen sey, ergiebt sich aus den nachfolgenden Worten: Silber mag auch kein Man brechen; in der deutschen Glosse des Sachsenspiegels wird bemerkt: Merk, daſs ein Unterschied ist zwischen schatz und ertz, davon er hie saget, daſs es dem reiche gehöre: den er allhie ertz vor einen schatz nimpt und uneigentlich beniemet; (s. Kochy, civilist. Erört. Samml. 1. n. 7. Kind, Quaest. for. T. II. c. 79 T. III. c. 50. Dagegen Meyer, Versuch einer Geschichte der Bergwerksverf. oder der Bergrechte des Harzes im Mittelalter. Eisenach 1817. S. 3.)

2) Will man diese Erklärung nicht als die richtigere annehmen, so ließe sich mit dem Verfasser des Richtsteigs Landrecht B. 2. K. 7. wohl behaupten, daß Eicke den im römischen Rechte bemerkten Fall im Sinne gehabt, wenn sich Jemand bei Aufsuchung des Schatzes der Zaubermittel bedient.

3) Im Schwabenspiegel kommt zwar eine gleichlautende Stelle vor: Kap. 218, welche aber in gerade dem Widerspruch mit andern steht: Kap. 320. 388 389. Schilter, (Exerc. ad Pand. ex. 45. §. 32); höchst wahrscheinlich ist es, daß jenes Kap. ein späterer Zusatz ist, aus dem unrichtig verstandenen Sachsenspiegel entlehnt.

4) In der sonst so günstigen Constitution Friedrichs I. über Regalien (II. F. 56) ist diese Bestimmung nicht enthalten, sondern es wird vielmehr nur die Hälfte eines auf des Kaisers eigenem Grund und Boden von ungefähr gefundenen Schatzes den landesherrlichen Einkünften einverleibt, und allein dann den letztern der ganze Schatz zugezählt, wenn Jemand geflissentlich nach demselben gesucht hat.

5) Auf keinen Fall kann, wenn man auch annehmen will, daß die Bestimmung des Sachsenspiegels auf Schätze geht, solche allgemein gelten und zum Beweise eines deutschen Herkommens gebraucht werden.

6) Aus der Pflicht zur Anzeige eines gefundenen Schatzes läßt sich darum keine Regalität folgern, weil sie öfters wegen herrschaftlichen Verkaufrechts vorkommt.

Es finden sonach die Bestimmungen des römischen Rechts in dieser Lehre so lange Anwendung, bis nicht das Gegentheil bewiesen wird.

Dieser Meinung sind: Strauß, (de jure privatorum circa thesauros. Vit. 1668.) Felz, (de jure thesaurorum. Arg. 1701.) Goll, (an thesauri jure germanico hodierno regalibus fisci adnumerandi sint. Alt. 1754.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. C. M. Th. 2. K. 3. §. 4.) von Selchow, (elem. jur. germ. §. 413.) Hofacker, (principia jur. civil. §. 934.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 183.) Danz, (Handb. Bd. 2. §. 183.) Mittermaier, (a. a. O.) Auch bei dem Reichs-Cammergerichte galt diese Meinung: (Sixtinius, de regalibus Lib. 2. c. ult.) ist in Sachsen durch eine eigene Constitution angenommen. Const. 53. P. II. Haubold, (Königl. Sächs. PR. §. 180), im Preuß. LR. (Th. 1. tit. 9. §. 74.)

Das Gegentheil nehmen an: Grotius (de j. b. ac. p. L. 2. c. 8. §. 7.) Jargow, (von Regalien Kap. 4. S. 404.) Thomasius, (de regalibus principum germaniae circa acquisitionem C. 3. §. 3.) Frankenstein, (de eo quod justum est circa thes. Lips. 1727) s. a. Böhmer, (Rechtsfälle B. 3. n. 209. S. 306.) Nach dem Cod. Max. Th. 2. K. 3. §. 4. in Gemäßheit der erklärten Landesfreiheiten von 1507. §. 14., und nach dem Generale v. 15ten Mai 1752 gehört ein Drittel dem Landesherrn; (s. a. bayer. Landtagsverhandl. v. 1474. B. 7. S. 449) nach dem öster. Gesetzb. §. 399. bekommt der Fiscus ein Drittel.

§. 198. (M. §. 145. not. 6.)

Die verlassenen in einer Feldmark liegenden Aecker gehören der Gemeinde. *)

*) S. wegen den Lehden §. 157.

Zwischen res nullius und adespota ist ein wesentlicher Unterschied. Jede Sache im Staatsgebiete, die weder zum Privateigenthum noch Staatsvermögen gehört, ist adespota. Sachen außerhalb des Staatsgebiets, die

noch nicht occupirt, sind res nullius: nur in Ansehung der letztern gilt dann nicht der Grundsatz res nullius cedit occupanti; die verlassenen oder unbearbeitet liegen gelassenen Aecker sind sonach adespota. Nach der richtigern Meinung ist zu unterscheiden: ob der Eigenthümer diese Aecker nur eine Zeitlang unbeackert hat liegen lassen, oder ob sie seit undenklichen Zeiten nicht bebauet, verwildert und verwachsen sind. In jenem Falle hat Niemand die Befugniß, sich das Eigenthum anzumaßen; es hängt, wenn nicht die Kulturgesetze das Gegentheil bestimmen, von dem Eigenthümer ab, ob er die Aecker bebauen will. Im letztern Falle ist wieder darauf Rücksicht zu nehmen, ob die ursprüngliche Beschaffenheit des Ackerlandes an den Mittelrücken und Furchen noch erkannt und der Eigenthümer ausgemittelt werden kann, oder dieß nicht ist. Dort kann die Umbrechung und Urbarmachung geschehen, indem der Eigenthümer durch den bloßen Nichtgebrauch sein Eigenthumsrecht nicht verloren hat: doch kann das Eigenthumsrecht dadurch beschränkt werden, wenn während dieser Zeit Jemand rechtmäßig eine Dienstbarkeit, z. B. Trift=, Weidegerechtigkeit erworben hat; hier aber hat er, wenn die Verwachsung so geschehen, daß die frühere Beschaffenheit des Ackerlandes nicht mehr auszumitteln ist, das Eigenthumsrecht verloren, und dieses Gut ist alsdann als Gemeindegut anzusehen, und fällt nicht dem Fiscus zu, wenn nicht die Landesgesetze das Gegentheil bestimmen: wie unter andern in Solm=laubachischen Gebiete, wo auch die Parömie gilt: wenn der Busch geht dem Reuter an die Sporen, so hat der Unterthan sein Recht verloren. Eisenhardt, (d. R. in Sprüchwörtern. Dritte Abth. n. IX. S. 202.) s. a. Pr. LR. Th. 2. tit. 16. §. 18. Oestr. Gesetzgb. §. 287. — Diese richtige Meinung vertheidigen: Hagemann, (landwirthschaftsrecht §. 127.) Ortloff, (deutsch. PR. S. 305. n. 19.) Klüber, (öffentl. Recht §. 337.) Andere dagegen sind der Meinung, daß sie dem Landesherrn zustehen: Struben, (Th. 4. Bed. 109.) Bülow und Hagemann, (prakt. Erörterungen Th. 2.

n. 27.) Noch Andere rechnen sie der Dorfherrschaft zu; Weiße, (resp. Platner, Diss. de dominio agrorum incultorum intra confinia pagorum germaniae sitorum Lpz. 1805. §. 2 — 5.) Dagegen machen noch Andere einen Unterschied zwischen Eigenthumsverhältnissen, und sprechen sie bald der Dorfgemeinde, bald der Grundherrschaft zu; als Eichhorn, (deutsch. PR. §. 286.)

Anmerk. z. M. §. 145. not. 6. Das Wort Mulafe, auch Mulife wird von Thieren gebraucht, welche zu den zahmen Thieren gehören oder herrenlos sind, daher das Mulifenrecht genannt: Wernher, (Obs. pr. voc. Mulife.) Roßmann, (Abh. in d. Erl. gel. Anz. 1750. S. 7.) Haltaus, (Gloss. v. Mulifihe.) Troltsch, (Anmerkungen II. 162.) An einigen Orten gehört dieß zu den Regalen, an andern ist es ein Recht der Privatpersonen, oder es ist wohl als eine Accidenz eines Amtes Jemandem mit vergeben. Die Ableitung des Worts ist zweifelhaft, vielleicht kommt es von Muth, willkührlich, sonach das nach eigner Willkühr lebt.

§. 199. (M. §. 145. lit. b.)

Die Verfolgung des Bienenschwarms auf fremden Grund und Boden steht dem Eigenthümer des Mutterstocks nur bedingt zu.

In dem §. 14. Inst. de rer. divisione heißt es:

Examen (Bienenschwarm) quoque quod ex alveo (Bienenkorb) tuo evolaverit, eousque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, nec difficilis persecutio eius est, alioquin occupantis sit. — Plane integra re, si praevideris ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Der Grund ist, weil die Bienen wilder Natur zu sein gehalten werden. (Höpfner, Comment. über die Institute §. 300. s. jedoch v. Wening-Ingelheim Lehrbuch d. g. Civilrechts B. 1. §. 30.) Lex Cimbrica L. 3. c. 40. — Porro examen in coemiterio inventum sit eius qui primus invenerit, non alterius. (Ancher Lex. Cimb. Haf. 1783. p. 223.) Lex Wisigoth. Lib. VIII. tit. 6. c. 1. Lex bajuvar. Tit. XXI. §. 8. 9. Schwabenspiegel K. 374. Und ist deß immen auffliegent und vallent auf einen Baum und er den drei tag nach volget so soll er yenen sagen des der Baum ist, das er mit gen muz, das er seine immen gewinne.

In dem magdeb. Weichbild art. 119. heißt es: fleugt ein bienenschwarm aus eines mannes haus oder hof zu seinem nachbauern, er ist den schwarm näher zu halten, denn jener, der ihm nachfolgt, denn die biene ist ein wilder wurm. (Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle s. Biener, Diss. jur. rom. et germ. de apibus Lpz. 1773. c. 10. §. 49.)

Daß zwischen den römischen und deutschen Rechtsbestimmungen ein wesentlicher Unterschied ist, ergiebt sich aus dem Inhalte. Struv (in Synt. jur. civil. Ex. 41. §. 16.) behauptet zwar das Gegentheil, s. aber Carpzow, (P. 4. c. 36. dec. 4.) Thomasius, in annot. pract. ad Strauchii dissertationes 6. §. 28.) Deneken (Dorf- und Bauernrecht Th. 1. 238.).

Da das sächsische Weichbild keine allgemeine verbindliche Kraft hat, so sind die Bestimmungen des römischen Rechts so lange anwendbar, bis nicht in den Particulär-Gesetzen eine entgegenstehende Verfügung gemacht ist.

Der Eigenthümer des Mutterstocks kann den Bienenschwarm so lange verfolgen, als er ihn noch im Gesicht hat, und leicht verfolgen kann; ist dieß aber nicht, so steht dem Eigenthümer des Bodens, auf dem er sich niedergelassen, das Occupations-Recht zu. Die Vindication ist daher bedingt zulässig, wie die Lex Bajuv. XXI. §. 8. Lex Wisigoth. VIII. tit. 6. c. 1. und der Schwabenspiegel c. 374. bestimmen.

Hiermit stimmen überein: Schröter, (Abh. Th. 1. S. 425.) Westphal, (Beitr. v. 1773. St. 34 und 42.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 284.) Danz, (Handb. d. deutsch. Privatr. Th. 2. §. 254.) Bülow und Hagemann, (Erört. B. 7. n. 122.) Mittermaier, (a. a. O.) s. auch badisches Landrecht. 1809. art. 564.

Das Gegentheil nehmen an, und gestatten dem Eigenthümer des Grund und Bodens unbedingt die Occupation: Berger, (Oecon. jur. Lib. 2. tit. 2. th. 10. T. 1. p. 244.) Homel, (Rhaps. Obs. 68.) Haubold, (K. S. PR. §. 362.) Bielitz, (Comment. über d. Pr. LR.

Th. 2. S. 117.)! Auch diese Meinung wird nach dem sächs. Gerichtsgebrauch, sich stützend auf den angegebenen art. 119. des sächs. Weichbilds, vertheidigt; s. a. Oestr. Gesetzb. §. 384. Pr. LR. Th. 1. tit. 9. §. 118 — 126.

Anmerk. 1. Gegen den Eigenthümer der Heer=Bienen findet keine Klage auf Schadenersatz statt, weil die Erfahrung und die Beobachtungen gelehrt haben, daß der Eigenthümer des Stockes, der beraubt wird, selbst die Schuld trägt: Runde, (deutsches PR. §. 254.) Hagemann, (Landwirthschaftsr. §. 284.) Das Gegentheil nehmen an: Leyser, (im jure georgico Lib II. tit. 21. §. 26.) Estor, (bürgerliche Rechtsgelehr. Th. 3. §. 1298.) Pufendorff, (Observat. T. II. obs. 93. p. 241.) Schröter, (Abh. Th. 1. S. 433.)

2. Die Bestimmung des sächs. Weichbilds Art. 119. wegen der Tauben, findet im Allgemeinen keine Anwendung; es heißt hier: Tauben, Krähen, Aelstern, Pfauen= und Federspiel, das nicht grimmend ist, (d. i. welches nicht mit scharfen Klauen versehen, folglich kein Raubvogel ist, der zur Jagd gehört,) fleugt es zu Feld, es ist gemein; grimmendes Federspiel aber nicht. — Das Sprichwort: Tauben haben keine Gall und sind den Leuten überall: ist wohl hieraus entstanden: (Gall soll wohl heißen Krall, ist kein Raubvogel.) Eisenhardt, Gr. d. h. R. in Sprichwörtern 3. Abtheilung §. XIII. Hiernach würden die Tauben ein Gegenstand der Occupation seyn, und den Ackerbesitzer berechtigen, solche zu erlegen. Allein nach dem gemeinen Recht ist zu unterscheiden: ob die Tauben dem Feldnachbarn gehören, oder einem solchen, der nicht die Befugniß hat, Tauben zu halten; in jenem Falle fällt das Occupationsrecht weg. Eisenberg und Stengel Beitr. V. 136.; in diesem kann dem Eigenthümer die Tödtung nicht gestattet werden, wenn nicht die Landesgesetze das Gegentheil bestimmen; (Pr. LR. Th. 1. tit. 9. §. 111. 113.) ob ihm gleich die Befugniß einzuräumen ist, die Klage auf Entschädigung anzustellen, (actio de pastu utili); denn ohnerachtet nach dem römischen Recht die Tauben zu den Thieren gezählt werden, die von wilder Natur sind: L. 15. de rer. divers. so steht doch dem Beschädigten das Recht der Tödtung nicht zu, L. 39. D. ad leg. aquil. Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 285.

3. Von Immengeleite. Imme, Zeidel, heißt eine Biene. An manchen Orten ist es nicht ungewöhnlich, die Bienen von einem Ort zu dem andern zu transportiren, wegen der bessern Nahrung. Daher wird wegen des Schutzes, den sie genießen, ein Geleite gegeben; s. Erlanger gel. Anzeigen 1750. not. 31. Vom Immengeleite.

§. 200. (M. §. 146. not. 1.)

Die Verjährung von Jahr und Tag ist der Regel nach blos auf unbewegliche Sachen.

1) Bei allen Gütern, welche eine gerichtliche Auflassung erforderten, trat die Verjährung von Jahr und Tag ein, namentlich bei Erbgütern: diese werden aber der fah=

renden Habe entgegengesetzt. Schwäbisches Landrecht c. 268. In dem Sachsenspiegel B. 2. Art. 24. heißt es:

Swilch man gut in geweren hat iar und tac ane rechte widersprache, der hat daran eine rechte gewere. Wenn hier von Gütern überhaupt die Rede ist, so folgt daraus noch nicht, daß diese Stelle auch auf bewegliche Güter zu beziehen sei. Unmittelbar vorher in Art. 42. ist von der Verjährung der Lehengüter gehandelt, wo man doch der Natur der Sache nach nur an unbewegliche Sachen denken kann.

2) Der Käufer ist bei unbeweglichen Sachen zur Gewährleistung ein Jahr lang verpflichtet; (Unterholzner Verjährungslehre Th. 2. Buch 6.) dieß hängt mit dieser vorzugsweise bei unbeweglichen Sachen eintretenden Ersitzung von Tag und Jahr zusammen.

3) Bei beweglichen Sachen, die man einem Andern anvertraut hat, galt der Grundsatz „Hand muß Hand wahren." Wenn daher eine solche Sache in die Hand eines dritten gekommen war, so bedurfte es für diesen gar keiner Verjährung von Jahr und Tag, um sich zu behaupten, wenn er nur seine Erwerbung auf denjenigen zurückführen konnte, dem die Sache von dem jetzigen Kläger anvertraut war. (Sachsenspiegel B. 2. 60.)

4) Die einjährige Mobiliar-Verjährung hat in Sachsen erst einem spätern Gerichtsgebrauche ihr Dasein zu verdanken. G. S. Wiesand, (Pr. de origine anni Saxonici eiusque usu hodierno Vit. 1796.)

Von dieser Regel, daß die Verjährung von Jahr und Tag bei unbeweglichen Sachen statt findet, giebt es aber in einigen Statuten Ausnahmen:

1) bei solchen beweglichen Sachen, die von auswärts, über See und Sand, eingebracht sind. Nach den Hamburger Statuten: P. VII. Art. 9. (bei Westphal monument. ined. T. IV. col. 3006.) Lübecker Stadtrecht 1. 8. Art. 5.

2) bei solchen, welche in öffentlichen Auctionen oder von Trödlern erkauft sind. Breslauer Statut. v. 1558. Art. 16.

3) bei gefundenen Sachen: nach dem Görlitzer Lehnrecht c. 47. (in Zepernick, Miscellaneen zum Lehnrecht. Th. 1. S. 76.) Ordalien der Stadt Bremen Ord. 83. (bei Pufendorff, obs. jur. in append. zu T. II. p. 98.) Rechtsbuch des Ruprecht v. Freisingen §. 124. (Westenrieder, Beitr. B. 7.) Das nämliche hat statt bei beweglichen Sachen, welche dem Räuber oder Diebe abgejagt werden: nach den Hamburger Statuten von 1497. Art. 13. u. d. Stadtrechten Bremens Art. 90. Riga Art. 149. Stade XI. 6. Auch bei entwendeten oder geraubten Sachen, die im Nachlasse vorgefunden und vom Richter an sich genommen sind. Sachsenspiegel 2. 31. Schwabenspiegel c. 213. Schlesisches Landrecht 1. 26. dist. 3. Dann in Ansehung der schiffbrüchigen Güter (Schrödter, jurist. Abh. Th. 2. S. 122. 123.)

Hiermit stimmen überein: C. W. Stürmer, (de praescriptione annali immobilium germanica ac potissimum Norimberg. Alt. 1747.) Haubold, (Progr. de origine et fatis usucapionis rerum mobilium Saxonicae Lpz. 1797.) Unterholzner, (ausf. Entwickelung der Verjährungslehre B. 1. §. 22. S. 75. u. s. f.) Mittermaier, (a. a. O.)

Andere lassen die einjährige Verjährung bei beweglichen Sachen als Regel statt finden, bei unbeweglichen als Ausnahme: v. Selchow, (element. j. germ. §. 563.) zum Theil Runde, (deutsches Privatrecht §. 270.)

§. 201. (M. §. 146. not. 2.)

Bona fides wird bei der einjährigen Verjährung nicht erfordert.

1) Die Verjährung von Jahr und Tag ist so wenig als die longi temporis praescriptio an und für sich eine erwerbende Verjährung, aber in sofern in der rechten Gewähr ein Schutzmittel gegen Eigenthumsansprüche enthal-

ten ist, so hat sie die Wirkung der erwerbenden Verjährung, und in sofern auch näherrechtliche und pfandrechtliche Ansprüche durch sie ausgeschlossen werden, muß man sie als eine Art der Extinctivverjährung ansehen. Bei dieser aber wird keine bona fides erfordert C. 5. und in fin. X. de praes. c. 3. de reg. juris. (Behmer, jus controv. tom. I. obs. VIII. p. 158. Walch, Introductio in controv. jur. civil. Sec. II. c. 2. §. XX.)

2) Die mittlern deutschen Gesetze, als der Sachsenspiegel B. 1. Art. 29. erfordern keinen guten Glauben, und wenn die Glosse zu dieser Stelle bemerkt: „und erstlich wiß daß zu einer rechten Gewähr gehört ein guter Glaube" so ist dieß dem Einflusse des fremden Rechts, insbesondere des canonischen Rechts, zu zuschreiben; so wie auch die Parömie: dem Zweifler gebühret nichts, hierin ihren Grund hat; (Eisenhardt, d. Recht in Sprüchwörtern 3te Abth. XXVIII.)

3) Die Statuten der Städte, in welchen diese Art der Verjährung aufgenommen, besonders das lübische Recht L. I. tit. 8. L. VI. tit. §. 4. 5. erfordern keine bona fides; (Stein, Abh. des lüb. R. Th. 2. §. 16. Mevius, Comm. ad jus lub. Lib. tit. 8. p. 293.) den Nachtheil einsehend, welchen die Vorschrift der bona fides bei der Verjährung auf den freien Verkehr und öffentlichen Kredit hat. Auch bei den deutschen Rechtsinstituten, bei welchen die einjährige Verjährung statt hat, fällt dieses Erforderniß weg, z. B. bei Wechseln, (Küstner, Diss. de menstrua et annali praescript. literarum cambialium Lpz. 1711. §. 48. Mevius, Decis. P. II. Dec. 163. n. 8.)

Dieser Meinung sind: v. Bode, (de praescript. ex solo temporis lapsu procedente) Riccius, (de praescript. germ. Frankf. 1738. C. 4. § 3.) Eisenhardt, (a. a. O. n. XXVII.) Haubold, (de origine et fatis usuc. §. 10.) Brehmer, (de annali jur. lub. praescript. Jen. 1822.) Runde, (deutsch. PR. §. 272.) Unterholzner, (Verjährungslehre B. 1. §. 22. §. 92.) von Möllenthiel, (Ueber die Natur des guten Glaubens bei der

der Verjährung 1820. S. 150.) Eichhorn, (Einleitung §. 176.) Mittermaier (a. a. O.). Auch die neueren Gesetzgebungen sind damit übereinstimmend. Codex jud. bav. c. 4. §. 3. Codex Maximil. T. 2. c. 4. §. 4. Pr. Landrecht Th. 1. tit. 9. §. 579. vergl. mit §. 502. Code civil des francais L. 3. sect. 2. art. 2262.

Das Gegentheil nimmt an: v. Selchow, (Element. jur. ger. §. 565.) Rave. (de praescriptione §. 19.)

Anmerk. M. §. 14 6. a. n. IX. Die bei der Lehre von unverdenklicher Verjährung vorkommenden Controversen, als über die Fragen: ob sie zu verwerfen? (v. Ludewig opusc. misc. T. 2. p. 509. p. 510. §. 31. dagegen Unterholzner, Verjährungslehre Th. 1. §. 147.) ob sie keinen rechtlichen Zustand, sondern blos die Vermuthung begründe, daß dem Bestehenden eine rechtliche Entstehung zu Grunde liege, die dann so lange wirksam sei, als bis das Gegentheil dargethan wird? (Henne, Progr. praescript. immemb. praesumtionem solum pro praescribente operante. Erf. 1771. Das Gegentheil vertheidigt v. Unterholzner, a. a. O. S. 525) wie viele Jahre erfordert werden? (Rave, de praes. §. 183. Schmidt, opusc. de praes. 1. 62. Unterholzner, S. 527.) ob der Beweis blos durch Dokumente, oder auch durch Zeugen geführt werden könne? und wie alt die letztern sein müssen? (Walch, introd. in contr. j. civil. p. 143. Unterholzner, S. 541.) ob durch die Servitus discontinua eine solche erfordert werde? (Walch, a. a. O. p. 176.) gehören in das Civilrecht, und sind hier zu übergehen.

§. 202. (M. §. 147. not. 1.)

Bei den Inseln und Alluvionen sind die Grundsätze des römischen Rechts anwendbar, und was letztere insbesondere betrifft, so können sie der Regel nach nicht als Regal angesehen werden.

1) Das römische Recht ist vorzüglich im Sachsenrechte in subsiduum anwendbar; bestimmen daher die Landesgesetze nichts, so sind auch die jene Gegenstände betreffenden Gesetze anzuwenden.

2) Was insbesondere die Inseln betrifft, so kann die Regalität derselben nicht a) aus der Const. des K. Adolphs v. 1293. (Goldast, Const. 1. p. 815. Emminghaus, corp. jur. ger. Vol. 1. p. 13.) erwiesen werden, indem solche kein Reichsgesetz, sondern nur ein

Rechtsspruch ist; b) der Sachsenspiegel bestimmt in Lib. 2. art. 56. das Gegentheil und erkennt den Grundsatz des römischen Rechts an; c) daraus daß Landesherren diese Inseln, welche in öffentlichen Flüssen lagen, Privatpersonen verliehen oder verstiftet haben, folgt so wenig das Gegentheil, als für die Regalität der Jagd, daß solche in den königlichen Gehegen nicht statt hatte. Wenn daher die Staatsregierung die Inseln als Regale sich zueignen will, so liegt ihr der Beweis ob, daß sie solches auf rechtmäßige Art erworben hat. —

Dieser Meinung sind: Mencken, (Systema jur. civil. sec. Pand. Lib. XXI. tit. 1. §. 19.) Müller, (obs. pr. ad Leyserum T. I. fasc. 2. obs. 112.) Kochy, (civilist. Erörtr. Sammlung 1. Lpz. 1797. not. I.) Hofacker, (Princ. jur. civil. P. I. §. 950.) Runde, (deutsch. PR. §. 106.) Danz, (Handbuch des deutsch. PR. §. 109.) Mittermaier, (a. a. O.) s. a. Pr. LR. Th. I. tit. 9. §. 244.

Das Gegentheil vertheidigen: Carpzov, (P. III. const. 31. Def. 12.) Berger, (sec. Lib. II. tit. 2. §. 15.) Wernher, (obs. V. 138.) Pufendorff, (observ. IV. 239.) Leyser, (Sp. 25. med. 4.) von Winkler, (Diss. de jure circa flum. §. 20.) Engau, (Diss. cuinam insularum in flum. publico natar. competat dominium? Jen. 1751. Sect. II. §. 25.) Wiesand, (Discept. jur. Sp. 5. Vit. 1796. obs. 2.) v. Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. II. K. 3. §. 11. u. Cod. judic. C. 1. §. 13. n. 6.) Pagenstecher, (de reg. alluviorum insularum in flum. pub. nat. jure? Lemgo. 1739.) v. Selchow, (Element. jur. p. §. 530.) Kind, (quaest. for. T. II. c 67. nach sächsischem Recht. T. III. obs. 9. 48.) Haubold, (K. sächs. Privatr. §. 281.) s. a. sächs. Verord. vom 7. Dec. 1563. Rescript v. 4ten Juni 1608. v. 15ten September 1676. Beschränkungen in der Elbstromufer- und Dammordnung v. 7ten Aug. 1819. §. 13. §. 14. baierische Verord. v. 9ten Juni 1608. (Meyer, Generale v. 1788. S. 139.) er=

neuert durch die Verord. v. 3ten Mai 1787. (Meyer a. a. O. 3. S. 713.)

§. 203. (M. §. 147. not. 3.)

Das interdictum de glande legenda findet nach deutschem Recht nicht statt.

Das Interdict, (de glande leg.) den 12 Tafelgesetzen folgend, bestimmt wörtlich: glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio die legere, auferre liceat, vim fieri veto. Die richtigere Erklärung dieser Stelle nach Azo und, der sie nach langen Zeiten wieder adoptirte, Thibaut (Abh. de. inter. de. gl. leg. in civil. Abh. B. 1. n. 1.) geht dahin: der Eigenthümer ist befugt, die von seinem Baume in des Nachbars Hof fallenden Früchte, von je zu drei Tagen einzusammeln. Der Nachbar kann aber auch nach den 12 Tafeln und L. 1. §. 2. D. de arb. caed verlangen, daß (si arbor in vicini fundum impendet, quindecim pedes altius eam sublocator) der Eigenthümer des Baumes die Aeste 15 Fuß von unten, (nicht von oben) abhaue. (Dircksen über die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums nach r. R. in der Zeitschrift B. 2. Heft 3. n. XVI.) Daß diese Bestimmungen auf Beförderung der landwirthschaftlichen Kultur abzwecken, ist unbedenklich, daß aber die erstere eine Beschränkung des Eigenthums enthalte, die durch die Hinzufügung tertio quoque die modificirt werden soll, unterliegt keinem Zweifel. Ueberdieß bezieht sich alles blos auf Landgüter, praedia rustica; denn stand der Baum im Hofe des Hauses, so konnte der Nachbar verlangen, daß der Eigenthümer den Baum an der Wurzel fällte. (L. 1. §. 6. §. 9. L. 2. D. de arb. caed.)

Von diesen Bestimmungen weichen die des deutschen Rechts ab; in dem Sachsenspiegel B. 2. art. 52. heißt es: klichtet der hopphe über den zaun, swer die worzele in dem hofe hat, der greife dem zune, so he neste muge, und zihe den hopphen. Schwaz az ime volget, daz ist sin, waz es andersit blibet, ist sines nakebures. Siner bou-

me zelgen en suln ouch uber den zun nicht gen sime nakebure zu schaden.

Das magdeburger Weichbild art. 125.: wo auch ein baum zwischen zweigen reinen stehet, und breitet die zelgen in eines andern mannes Hof, der Herr mag ihn wohl verhauen, ob er will, und hängt obst in seinen Hof, das ist zu recht sein.

Nach diesen Bestimmungen kann also der Nachbar die auf sein Grundstück von dem Baume des Eigenthümers herübergefallenen Früchte, oder die an den herüberhangenden Aesten befindlichen, sich zueignen. Er hat das Recht des Ueberfalls und des Ueberhangs.

Der Grund hiervon ist:

1) die Begünstigung der nachbarlichen Verhältnisse, welche in den deutschen Rechten ersichtlich ist. (Merlin, Repert. XIV. p. 675. Prosch, die Rechte der Nachbaren. Schwerin 1826.)

2) die Heiligkeit der Wehre, der Nichtverletzung des Besitzes. Eine Verletzung der Wehre, eine Verletzung des Friedens, vermöge dessen ein jeder in seinem Eigenthume gegen unrechtmäßige Eingriffe vorzügliche Sicherheit verlangen kann, (Beyer, de violatione securitatis domesticae, in opusc. Lpz. 1723. n. 7.) würde bewirkt worden sein, dem Eigenthümer zu gestatten, die Früchte in des Nachbars Hofe sich zuzueignen.

3) Billigkeit; daß die herabhängenden Zweige der Bäume für den Nachbar höchst nachtheilig sind, indem sein Grund und Boden dadurch beschattet, und er sonach außer Stand gesetzt wird, ihn so zu gebrauchen, wie er es sonst könnte, lehrt die Erfahrung: daher ist zur Vergütung dieses Nachtheils ihm dieses Recht eingeräumt; will er diesen Nachtheil nicht, so kann er die Aeste abhauen. (Magdeb. Weichbild: der Herr mag ihn wohl verhauen.)

Wenn nun gleich die in den angegebenen Rechtsbüchern enthaltenen Bestimmungen kein gemeines Recht bebegründen (§. 38.), auch es an allgemeinen Gewohnheiten ermangelt (§. 49.), so giebt es doch eine große Menge Lan=

des= und Stadtgesetze so wie besondere Verordnungen [a]), in welchen jene Bestimmungen aufgenommen sind, auch fehlt es nicht an derogirenden Gewohnheiten, (§. 45.) aus welchen sich allein die Nichtanwendbarkeit der römischen Rechtsbestimmungen, welche mit unserer Denkart und mit unsern Verhältnissen im Widerspruch stehen, ergiebt.

a) Augsb. Stat. v. 1276. in Walch IV. S. 286. Werthhenner, Stadtrecht v. 1466. wo es heißt: so viel denn von denselben fruchtbaren Bäumen über die Anwender uff des Anstoßeres Gevare hängt, derselbe Ueberhang soll ganz dem Anstoßer sein, uff den der Ueberhang hängt und nichts davon zu dem Stamm derselben Baum, davon der Ueberhang bekommt, behalten, man brech oder schält solche ab, und wenn man dasselbe aber brechen oder schütteln will, so soll man den Anstoßer des Ueberhangs solchs vor zu wissen thun, die sollen dann ein Puten mitten in die Anwend setzen, oder uff den Markstein zwischen wen beiden schnurschlecht über sich und so viel denen von denselben Bäumen oder esten über die Puten uff des Anstoßers Gevar hanget, das soll dem Anstoßer für seinen Ueberhang bleiben; es soll auch keiner, der also beum hat, davon sein Anstoßer Ueberhang haben, denselben Anstoßer zu Widerdruß, die este davon der Ueberhang zu nemen gebürt, mit nichten abhauen, wo er aber je seinem anstoßer seinen Ueberhang nit zebechen lassen, so mag er dieselb beum gantz abhoven.

Frankf. Reformation Th. II. tit. 13. §. 2.

Baierisches Landrecht Th. II. Cap. 3. §. 20. n. 2. wem nun das Gut zugehört, dem gehören auch regulariter die Früchte zu, sofern nicht ein anderer das Recht dazu hat, wie z. B. der Nutzmesser, oder Pachter der Gutsnutzungen, oder der Nachbar in Ansehung der Baumfrüchte, welche von den auf seinen Grund hinüber hangenden Aesten abfallen. Cap. 8. §. 6. Wohlhingegen folgt sowol aus ein und andern, daß der Nachbar die in seinen Grund hinüber hangenden Aeste des auf seinem praedio dominante stehenden Baumes nicht abhauen darf, wie er dessen ohne sothane Servitut (nämlich hier ist von d. Servit. projiciendi et protegendi die Rede) wohl berechtigt wäre.

Oest. Gesetzb. §. 422. Jeder Grundeigenthümer kann die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden reißen, und die über seinem Luftraume hangenden Aeste abschneiden oder sonst benutzen. Eine gleiche Bestimmung enthält das Pr. Landrecht Th. 1. tit. 9. §. 287.: doch muß der Grundei-

genthümer, der Wurzeln ausreißt oder Aeste abhaut, das Holz dem Eigenthümer des Baumes ausliefern, und die Benutzung der überhangenden Aeste erstreckt sich nur auf die Früchte, die der Eigenthümer des Baumes selbst, der aber den Grund des Nachbars nicht berühren, auch keine Instrumente gebrauchen und die Aeste nicht herüber beugen darf, nicht einsammeln kann.

Weimarisches Patent, die Obstbaumzucht betr v. 15ten Juni 1819. n. 8. wird — festgesetzt, daß in der Mitte der Furche, welche die Grenze der Grundstücke macht, eine lange Stange, die zwischen den Aesten des Baumes durchgeht, perpendicular aufgerichtet werden und alles Obst, was an den Aesten, die über die Furche hinüber auf des Nachbars Stück reichen, hängt, dem Nachbar ohne Widerspruch gebühren, ihm sogar das Abnehmen derselben im Beisein des Eigenthümers des Baumes gestattet sein solle; jedoch steht ihm deshalb eben sowenig ein Widerspruch gegen das Abschlagen des Baumes von Seiten des Eigenthümers zu, als ein Eigenthumsrecht an den überhangenden Aesten des Baumes selbst.

Auch die französischen, niederländischen und Schweizer-Statuten stimmen hiermit überein: (angeführt in Mittermaier, a. a. O. not. 6.)

Dieser Meinung sind: Stryck, (usus mod. Pand. Lib. 43. tit. 28.) Leyser, (jus georg. L. 3. c. 2. n. 31.) Schröter, (de jure vicinitatis §. 15.) Hildebrand, (de fructibus in alienum praedium propendentibus Alt. 1746.) Koch, (vom Nachbarrechte vermehrt von Beck. Nürnberg, 1744. S. 529.) v. Kreitmaier, (Anmerkungen zum Codex Maximil. Th. 2. Cap. 3. §. 20. Cap. 8. §. 6. Eisenhardt, (d. R. in Sprüchwörtern Abth. 3. n. 24. S. 230.) Runde, (deut. Privatrecht §. 276.).

Die entgegengesetzte Meinung, daß nämlich das römische Recht annoch anwendbar sei, vertheidigen: Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 137.) Eichhorn, (Einleitung zum deut. Privatr. §. 173. not. b.) Mittermaier (a. a. O.)

Zweite Abtheilung.
Von Dienstbarkeiten.

§. 204. (M. §. 148.)
Die Dienstbarkeiten bestehen auch nach deutschem Recht nicht in einem Thun.

Der Grundsatz, welchen Pomponius in L. 15. D. de serv. aufstellt: Servitutum non ea natura est, ut aliquid — sed ut aliquid patiatur aut non faciat, ist auch in Deutschland anwendbar. Es müßte ja der Dienstbarkeitsverpflichtete, wenn er etwas thun sollte, für seine Person dienstbar seyn und nicht das Grundstück. Die scheinbare Ausnahme, welche das römische Recht bei der servitus oneris ferendi enthält, ist nach der Meinung bewährter Rechtsgelehrter nicht anzunehmen: Zachariä, (wissenschaftliche Entwickelung d. Lehre d. römischen Rechts v. dinglichen Servituten: in Hugo civilistischem Magazin B. 2. not. XV. S. 336.) und daß die Bannrechte nicht hierher gezählt werden können, ergiebt sich aus der Natur derselben; denn es sind dingliche, dem deutschen Rechte blos bekannte Rechte, welche in der Befugniß bestehen, einen Andern wegen des Besitzes einer Sache, eines Subjectionsverhältnisses oder eines Incolats in dem Gebrauche seiner natürlichen Freiheit zu handeln zu beschränken, besonders ihn die Anschaffung oder Zubereitung eines Bedürfnisses bei einem Anderen als dem Berechtigten zu untersagen.

Hiermit stimmen überein: A. Wieger, (de servitut. in faciendo non const. Arg. 1749.) Gundling, (warum die Römer keine servit. in faciendo statuirt haben: in s. kleinern Schriften S. 454.) Thibaut, (civ. Versuche B. 1. Abh. 2. S. 131.) ins besondere wegen des deutschen Rechts: Runde, (deutsches Privatrecht §. 273.) Danz, (Handbuch des d. PR. B 2. §. 273) Glück, (PCommentar Th. X. S. 7.) Eichhorn, (Einl. zum d. PR. §. 162. not. c.) G. A. Hupfeld, (Servitus in faciendo consistere nequit, nec in jure romano nec in

jure germ. Marb. 1817.) Goldschmidt, (Ueber den Rechtssatz: servitus in faciendo consistere nequit. im Archiv der civil. Praxis Th. 1. not. XXV. S. 388.)

Das Gegentheil behaupten: C. Gerhard, (de servit. in faciendo const. Jen. 1710.) G. G. Titus, (de serv. faciendo Lpz. 1710. in Vol. diss. p. 508.) Leyser, (med. ad P. Sp. 107. med. 1. Sp. 385.) v. Selchow, (Element. jur. germ. §. 446.)

§. 205. (M. §. 148. not. IV.)

Zur Erwerbung einer durch Vertrag einem Grundstück auferlegten Dienstbarkeit braucht die gerichtliche Bestätigung der Regel nach nicht hinzu zukommen.

Wenn gleich nach einigen Particulairgesetzen die gerichtliche Bestätigung, auch sogar die Eintragung der Dienstbarkeiten in die Grundbücher vorgeschrieben ist, wie in dem Pr. Landrecht Th. 1. tit. 22. §. 16 – 24. Oesterreichisches Gesetzbuch Art. 481. so ist es doch nicht allgemeinen Rechtens; vielmehr ist, wie das römische Recht bestimmt, das dingliche Recht durch den Vertrag und bei servitutibus affirmativis die hinzugekommene Quasitradition für hinreichend zu achten; auch ist der von den Gegnern angeführte Grund: daß es pacta realia in dem Sinne nicht gebe, daß durch einen, hinsichtlich eines Grundstückes vom Vorbesitzer desselben eingegangenen Vertrag der successor singularis verpflichtet werde, bei näherer Prüfung hinfällig. Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die auf dem Grundstück haftenden Lasten anzuzeigen; hat er solches unterlassen, so ist er zum Schadenersatz verbunden, hat er ihn solche angezeigt, so ist er auch verbunden: die Dienstbarkeiten, welche auf dem Gute haften und die durch des Verkäufers Vertrag entstandenen anzuerkennen.

Hiermit stimmen überein: Bauer, (in der Erläuterung der chursächsischen Decision 3. §. 9. Th. 1. S. 33.) Klügel, (Diss. de differentiis jur. rom et germanici imprimis saxonici, in materia de rerum servitute. Vitob. 1794. §. 5.) Curtius, (Handbuch der chursächsi=

schen R. Th. 2. §. 1010.) Haubold, (Lehrbuch des königl. sächsischen Privatrechts §. 191.)

Das Gegentheil behaupten: Berger, (Oeconomia juris Lib. II. tit. 3. th. 1. not. 2.) Kind, (Quaest. for. T. III. 9. 41. oder T. II. 9. 71. d. n. Ausg.)

Anmerk z. M. §. 148. not. VII. Ob die Unabhängigkeit des Berechtigten in Ansehung der Befugniß von dem belasteten Staate ein wesentlicher Charakter einer Staatsdienstbarkeit sey? ist streitig. Der bejahenden Meinung sind: Reuß, (Staatskanzl. XVII. 32.) Nettelbladt, (Erörtr. 365.) Klüber, (öffent. R. des d. B. §. 561.) — der verneinenden: Westphai, (Staatsr. 535.) Schnaubert, (Staatsrecht d. ges. r. Lande §. 113.) Gönner, (Entw. des Begriffs und recht. Verh. der Staatsrechtsdienstbarkeiten. Erlangen 1800. §. 84. n. 90.)

§. 206. (M. §. 150. III.)

Wenn bei der unbestimmten Weidegerechtigkeit Mangel entsteht, so muß der Weideberechtigte nicht allezeit weichen

Es würde gegen die allgemeinen Bestimmungen: servitus utiliter exercendum, — servitus ultra constitui non potest quam quatenus ad fundum dominantem opus est, Leyser, (med. sp. 107. m. 1.) anstoßen, wenn man der Meinung derjenigen beitreten wollte, die dahin geht, daß der dominus praedii servientis, bei dem Mangel *) der Weide jederzeit weichen müsse, wie annehmen: Stryck, (Usus mod. Pand. L. 8. tit. 8. §. 15.) N. M. (P. Tit. de servit. praed. rust. §. 15.) Brunnemann, (Com. ad P. L. 13. n. 5.) Wernher, (Obs. for. P. IX. obs. 67.) Lauterbach, (Colleg. th. Pr. Tit. de servit. praed. rustic. §. 9.) Hofacker, (Prin. i. civil. T. II. §. 1105.) Strampfer, (vom Hutrecht §. 33.) Münter, (Weiderecht §. 64)

*) [Von dem Fall, wenn der Holzmangel entsteht s. Boley vermischte jurist. Aufsätze. Bd, 1. Abh. 7. 1831.]

Andere sind der Meinung, daß der Hutungsberechtigte nachstehen müsse. Rivinus, (de aequali jure dominantis et servientis praedii si pascua non sufficiant. Lpz. 1738.) Hommel, (Raps. Ob. 188.) v. Putlitz, (de eo quod justum est circa jus pascendi, si pascua non sufficiant. Hal. 1772.) Kind, (Quaest. for. P. II. n. 32.)

Noch Andere nehmen an, daß der Hutungsberechtigte bei unbestimmter Viehzahl nur so viele Stücke auf die Weide bringen darf, als er mit dem von den berechtigten Grundstücken selbst gewonnenen Futter durchwintern kann. Denn

1) eine dingliche Dienstbarkeit kommt keiner Person, sondern dem praedio dominanti zu; der Umfang derselben muß also, wenn keine andern Bestimmungen vorhanden sind, durch die Bedürfnisse des praedii dominantis selbst und nicht durch dessen Besitzer bestimmt werden.

2) Bei Bestellung der Dienstbarkeit hat der Besitzer des dienenden Guts auf den Viehstand des Berechtigten Rücksicht genommen.

3) Soll ein Gut wirthschaftlich behandelt werden, so muß der Viehstand mit den übrigen nutzbaren Theilen desselben, vorzüglich aber mit dem Futterstande in Proportion stehen, und sich nach dem eigenen gewonnenen Winterfutter richten.

4) Bei Bestimmung des Winterfutters ist aber nicht blos auf die Größe und den Gehalt der zum berechtigten Gute, seit der Einräumung der Dienstbarkeit gehörigen Grundstücke zu sehen, sondern auch dabei zugleich auf das, nach landwirthschaftlichen Grundsätzen auf dem Gute zu haltende gesammte Vieh aller Art Rücksicht zu nehmen. Hat der Berechtigte sich Ländereien zugekauft, die zur Zeit der Bestellung der Dienstbarkeit nicht vorhanden waren, und dadurch seinen Viehstand vergrößert, so kann darauf keine Rücksicht genommen werden, weil das Futter zur Haltung dieses größern Viehstandes nicht von dem benachbarten Grundstück herkommt. Würde er aber durch eine verbesserte Landwirthschaft, durch Cultivirung öde gelegener Grundstücke im Stande seyn, den Viehstand zu erhöhen, so würde darauf nothwendig Rücksicht genommen werden müssen, weil durch die constituirte Weideservitut das Beste des ganzen berechtigten Guts hat befördert werden sollen. (s. jedoch Haubold, K. Sächs. PR. §. 193.) Dieser Meinung sind von Benckendorf, (oecon. forens. Bd. 1. Hauptst. 1. §. 110.) Hagemann und Günther, (gemeinnützige juristische Beobachtungen und

Rechtsfälle B. 3. n. 13.) Danz, (Handbuch B. 2. S. 528. v. Ende, (jurist. Abhandlungen. Han. 1802. Th. 1. n. 14.) Kind, (Quaest. for. T. II. c. 38. wegen der Schafe und T. II. c. 42.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht p. 298.) Bülow und Hagemann, (practische Beobachtungen Bd. 3. St. 211.) Mittermaier, (a.. a. O.) s. a. Pr. Landrecht Th. 1. tit. 22. §. 90.

Nur dann leidet obige Regel eine Ausnahme, wenn die Weideinteressenten gar keinen oder nicht hinlänglichen Wiesewachs bei ihren Grundstücken besitzen, und den größern Theil kaufen müssen. Hagemann, (a. a. O. S. 565. not. 1.)

Eine vierte Meinung geht dahin, daß beide, der dominus praedii dominantis und praedii servientis, wenn der erforderliche Weidebedarf ermangelt, verbunden sind, den Viehstand herabzusetzen. Rivini, (Diss. de aequali jure dominantis et servientis praedii, si pascua non sufficiant. Lips. 1778.) Hommel, (Rhaps. quaest. Obs. 188.) Hellfeld, (jurispr. for. §. 679.) Biener, (Quaest. 20. 61.)

Eine fünfte Meinung geht dahin, daß auf den Titel Rücksicht zu nehmen, mit welchem die Weidegerechtigkeit erlangt worden: sey sie durch Verjährung erworben, so müsse der dominus praed. servientis weichen, sonst aber der Hutungsberechtigte. Gans, (de eo quod justum est circa servit. pascendi. Hal. 1772.) Die dritte Meinung ist aber die richtigere.

Anmerk. Ueber die Fragen: 1) ob ein Weideberechtigter, wenn er sein Hutungsrecht nicht selbst ausüben will, befugt sey, solches zu verpachten? 2) ob er auch fremdes Vieh auf die Weide zu bringen berechtigt sey? sind die Meinungen getheilt: Gmelin und Elsässer, (gem. Beob. B. 3. n. 13.) Danz, (Handbuch des d. PR. 2. §. 283.) v. Bülow und Hagemann, (Erört. B. 4. n. 58.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 293.) bejahen sie. Strampfer, (vom Hutungsrecht. Erl. 1798. auch, doch unter gewissen Einschränkungen. Verneint werden sie von: Leyser, (Med. ad Pand. Sp. 108. med. 7.) Hellfeld, (jurisp. for. §. 678.) Klein, (Rechtsfälle B. 3. S. 77. u. s. f.) auch Haubold, (im Lehrbuch des K. S. PR. §. 193.) doch mit Ausnahme des dem Pächter gehörigen Viehes und dem Gemengevieh der Schäfer und Knechte. 3) Ob dem Weidebe-

rechtigten die Befugniß zustehe: anstatt der Weide das Gras abmähen zu lassen? wird von Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 2. K. 8. §. 13. 6.) verneint. 4) Ob der dominus praedii dominantis in seinem Recht beschränkt werden könne, wenn der Verpflichtete einen Theil seiner Grundstücke zu Futter und Gartengewächsen einzäunen will? Nur aus der Begünstigung der höhern Kultur, und wenn Farbekräuter gebaut werden, ist diese Frage zu bejahen?. Vgl. Cod. Max. Th. 2. C. 8. §. 13. Bair. Verord. vom 18. Jan. 1805. Pr. LR. Th. 1. tit. 22. §. 119.

§. 207. (M. §. 150. not. IV.)

Wenn die Weidegerechtigkeit vor dem Jahre 1700 erworben worden, und keine Abänderung erfolgt ist, so ist die Dauer nach dem alten Kalender zu bestimmen.

Der Anfang und die Dauer der Weidegerechtigkeit ist meistentheils durch Verträge, rechtskräftige Erkenntnisse und Gesetze bestimmt; in der geschlossenen Zeit kann sie nicht ausgeübt werden: diese ist nicht an allen Orten gleichmäßig. Nach dem sächsischen Recht fängt sie bei Wiesen vom 1sten Mai an, und geht bis Michaelis. In Thüringen fängt sie vom St. Georgentag an, und dauert bis Michaelis, daher die Parömie: die Wiese geht in das Heu zu St. Georgentag. (Eisenhardt d. R. in Sprüchwörtern 3 Abth. n. 2. s. a. C. Maximil bav. T. 2. Cap. 8. §. 14.) Daß die Berechnung da, wo diese Gerechtigkeit vor dem Jahre 1700 enstand, nach dem damals gültig gewesenen Kalender geschehen muß, ist darum unbedenklich, weil eine neue Norm und Vorschrift keine rückwirkende Kraft hat, der Regent seinen Unterthanen ihre wohl erworbenen Rechte nicht entziehen kann.

Da nun nach dem julianischen oder alten Kalender die Zeit 10 Tage später eintritt, als nach dem verbesserten oder neuen Kalender, (Walters Lehrbuch des Kirchenrechts S. 489) so muß auch dieß bei Berechnung des Anfangs und der Dauer der Weidegerechtigkeit beobachtet werden. Hierdurch entsteht für den Eigenthümer ein großer Nachtheil wegen der Kultur; allein ohnerachtet dieses Nachtheils kann aus dem oben angegebenen Grunde keine andere Berechnung statt haben, wenn durch die Landesgesetze dieß nicht abgeändert ist.

Hiermit stimmen überein: Schmidt, (öffentliche Rechtssprüche. Jena 1777 n. LI. S. 331.) Kind, (Quaest. for. T. II. q. 37. p. 132 — 136.) vergl. Zachariä, (über den Anfang und das Ende der geschlossenen Zeiten bei Hutungs-Gerechtigkeiten: in dessen Annalen der Gesetzgebung Th. 1. n. 17.) und Spitzner, (die Zurücksetzung der schädlichen späten Frühjahrshutung auf den Wiesen in alte, der Natur und den Rechten gemäße Grenzen, welche durch die Einführung des neuen Kalenders um zehn Tage verlängert worden sind, als das einzige Mittel, dem drückenden Futtermangel abzuhelfen. Lpz. 1791.) Eckardt, (Progr. de xi. diebus calendario Juliano subtractis etiam jure pascendi subtrahendis. Jen. 1797.)

Das Gegentheil nehmen an: Rötger, (offenbares Unrecht, daß man Hutungstermine nach dem alten Kalender bestimmt. Magd. 1799.)

Was zur Abänderung dieses Nachtheils geschehen ist, darüber: Haubold, (Königl. sächs. PR §. 195 n. a.)

§. 208. (M. §. 150. a)

Ist im Zweifel die Koppelhut als ein precarium oder als eine gemeinschaftliche Weideservitut zu vermuthen?

Daß diese Streitfrage von großer Wichtigkeit sei, ist darum unbedenklich, weil, wenn angenommen wird, die Koppelweide ist als Precarium zu vermuthen, jedem Interessenten frei steht, davon nach Gutbefinden abzugehen, und die Aufhebung der Koppelhutung zu verlangen. Ist hingegen die Vermuthung für eine gegenseitige Weideservitut, so kann die willkührliche Aufhebung nicht statt finden, vielmehr muß sich der Eigenthümer den Einschränkungen unterwerfen, welche das gemeine Recht von Dienstbarkeiten bestimmt.

Einige nehmen kein Precarium an: Hellfeld, (jurisp. for. §. 639.) Thibaut, (System d. PR. §. 608.) Andere behaupten, daß ein Zweifel anzunehmen, jede Koppelweide sei nur bittweise (precario) eingeräumt, und zwar darum, weil Servituten überhaupt nicht zu vermuthen

sind, als: Eckardt, (an detur compascuum ex praes. quod sit. familiaritas aut precarium revocabile? Jen. 1740.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. C. 7. §. 5. C. 8. §. 13.) Berger, (oeconomia jur. Lib. 2. tit. 3. §. 6.) Hofacker, (Princ. j civil. §. 1092.) Münter (Weiderecht §. 3.). Noch Andere behaupten, daß wenn der Weidegang zwischen den Besitzer angrenzender im ausschließlichen Eigenthume eines jeden befindlichen Grundstücke, die gemeinschaftliche Hutung auf diesen Grundstücken regelmäßig und mit gleichen Gattungen von Vieh statt hat, eine wechselseitige Grundgerechtigkeit der Regel nach anzunehmen, daß hingegen, wenn diese nicht regelmäßig und beständig auf ein und eben denselben, sondern nur zuweilen und bald auf diesen, bald auf jenen Stücken statt findet, anzunehmen sei, daß nur nachbarliche Freundschaft und Gutwilligkeit, mithin ein Precarium zu Grunde liege. Dieß sei unter andern der Fall, wo die Aecker und Wiesen mehrerer Grundeigenthümer so durch einander liegen, daß keiner auf seine Felder mit seiner Heerde kommen kann, ohne das Grundstück eines andern zu berühren. (Der Bauer fürchtet nichts mehr als die Gerechtigkeit. Stryck de pignorat C. 3. n. 6.)

Diese Meinung vertheidigen: Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 303.) Haubold, (K. S. PR. §. 195.) Eichhorn, (Einl. §. 179.) s. a. Pr. LR. 1. 22. §. 135. Die letzte Meinung geht dahin: daß keine juristische Vermuthung weder für die eine noch auch andere vorhanden, sondern jeder den von ihm behaupteten Umfang seiner Ansprüche zu beweisen habe, und nur der Umstand, wie bisher das Weiderecht besessen wurde, den Beweis erleichtere.

Dieser Meinung sind: Carpzov, (P. 2. const. 4. def. 14. Const. 2. def. 9.) Mevius, (P. V. decis. Dec. 251.) Wernher, (obs. for. T. 2. P. 8. obs. 358.) Meiern, (de commoditate compascuorum per revocationem unius altero licet dissentiente extincta. Erf. 1725. §. 10.) Eckart, (Diss. an detur compascuum ex praesumtione, quod sit familiaritas aut precarium re-

vocabile. Jen. 1784. §. 6.) Kind, (Quaest. for. T. 3. c. 38.) Eminghaus, (ad Coccejii const. jur. tit. de servit. p. Q. 2. not. o.) Glück, (PComm. Th. 10. S. 186.) Weichsel, (Grundsätze über gemeinschaftl. Eigenthum, Servituten S. 140.) Mittermaier (a. a. O.)

Daß keine Vermuthung überhaupt anzunehmen, läßt sich wohl im Allgemeinen nicht vertheidigen, daher auch diese Meinung als die richtige erscheint. Die ursprünglich auf einem bloßen Precario beruhende Koppelhut kann aber durch eine qualificirte Verjährung, oder dadurch, wenn dem Grundeigenthümer durch ein rechtskräftiges Erkenntniß, oder sonst untersagt ist, sein Grundstück umzugestalten oder zu veränderen, und sich da bei rechtsverjährter Zeit beruhigt hat, in eine wechselseitige Weideservitut verwandelt werden.

§. 209. (M. §. 151.)

Die Schäfereigerechtigkeit ist kein ausschließliches Vorrecht der Gutsherrschaft.

Das Recht Schafe zu halten ist eine Befugniß, die der Regel nach jedem Eigenthümer der Grundstücke zusteht: das Recht Schafheerden zu halten und unter der Aufsicht eines Hirten zu weiden, oder die Schafgerechtigkeit soll nach der Meinung Einiger, unter andern Beuckendorf (Oeconom. for. B. 8. Hauptst. 12. §. 4. 5. 7.) ein Vorrecht der Gutsherrschaft sein, indem gleich bei Anlegung der Dörfer dieses Recht ihr zugestanden, und in einer langwierigen Observanz gegründet sei. Die Unterthanen und andere Dorfeinwohner, wenn sie dieses Recht jetzt auch besitzen, hatten solches erst nachher vermöge Vertrags oder Verjährung erlangt, und sind daher verbunden, solches zu beweisen. Nach dem Pr. LR. Th. 2. tit. 22. §. 146. ist im Zweifel die Vermuthung, daß dieses Recht der Gutsherrschaft zusteht.

Dagegen sind Andere entgegengesetzter Meinung: Struben, (rechtl. Bedenken Th. 1. Bed. 122.) Rössig, (Ueber den Unterschied zwischen Schäfereigerechtigkeit,

Schafrecht und Recht, Schafe zu halten, in Weber's oconomischen Sammler, Heft 2. S. 113.) Kind, (Quaestiones for. T. II. C. 39.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 586.) Klein, (Rechtsfälle B. 3. S. 81. u. f.) Eichhorn, (Einl. §. 182.) Mittermaier, (a. a. O.) Ihre Gründe sind:

1) Der Umfang des Erwerbes und die Nahrungszweige des jetzigen Bauernstandes in Deutschland, so wie die Bestimmung derjenigen, deren er sich entweder gänzlich, oder doch so lange enthalten muß, als er nicht besonders auf einem rechtsgültigen Wege solchen zu treiben die Befugniß erlangt hat, kann nach den älteren ehemals in Deutschland üblichen Grundsätzen nicht beurtheilt werden.

2) Es kann nicht mit einer richtigen Rechtslehre bestehen, wenn man den Umfang der Befugnisse der Dorfgemeinden, in Betreff ihrer Besitzungen, und wie weit solche durch den Mitgebrauch, welcher der Grund- und Gerichtsherrschaft des Dorfes zusteht, eingeschränkt wird, aus dem ersten Ursprung der Dörfer und nach Anleitung der ersten Ansiedelungsverträge beurtheilen will, welche zwischen den ersten Dorfeinwohnern und der Dorfherrschaft wegen Anbauung der einzelnen Bauernhöfe beliebt worden; denn hierzu würde es wohl der historischen Beweise ermangeln.

3) Wenn erwiesen ist, daß der Grundherr den Bauern das besitzende Gut nach den Rechten des Eigenthums überlassen hat, so kann er an diesem Gute keine anderen sonst mit dem Eigenthume verbundenen Rechte weiter verlangen, als diejenigen, welche er sich bei der Veräußerung erweislich vorbehalten und nicht auf den erwerbenden bäuerischen Eigenthümer übertragen hat.

Sollte aber auch eine Dorfgemeinde ihre Feldflur von der Gutsherrschaft nicht nach dem Eigenthumsrechte besitzen, und die einzelnen Dorfeinwohner ihre Bauerngüter nicht als Eigenthum erworben haben, sondern ihnen solche zum Behufe des bäuerischen Benutzungsrechts eingeräumt worden seyn, so würde selbst in diesem Falle (Mittermaier weicht hier ab s. §. 151. not. I.) nach Grundsätzen des gemei-

meinen Rechts den Bauern erlaubt seyn, ihre und der Gemeinde Ländereien und Weideplätze zur Weide ihrer Schafe zu gebrauchen und die Gutsherrschaft auszuschließen, weil a) wenn letztere ein Vorrecht zu besitzen behauptet, sie sich solches bei Verleihung hätte vorbehalten müssen; b) die Besitzer dieser Grundstücke nach Landes- und Polizeigesetzen berechtigt sind, diese Grundstücke zur bäuerischen Landwirthschaft zu gebrauchen: hierzu aber allerdings auch landespolizeimäßige Benutzung dieser Ländereien als Weide der Schafe gehört.

Diese Meinung ist die richtige.

§. 210. (M. §. 151. not. II.)

Die jungen Lämmer werden nach Michaelis als Jährlinge angesehen und dürfen daher, wo die Anzahl der Schafe bestimmt ist, nicht auf die Weide gebracht werden

Einige sind der Meinung, daß die Lämmer ein ganzes Jahr lang ungezählt neben den Schafen auf der Weide zu dulden sind, als: Manz, (in decisionib. palatinis; quaest. 27. n. 10. vorzüglich sich auf das bair. Landrecht von 1616. Lib. 3. tit. 14. Art. 4. stützend.) Brunnemann, (Comment. ad Pand. L. 17. de Servit. P. I. n. 5.) Berger, (oeconomia juris L. 2. tit. 3. §. 9. not. 3.) Estor, (in d. kleinern Schriften St. 12. n. 9. S. 760.) Kind, (Quaest. for. T. II. c. 59.) s. a. Cod. Maximil. bav. Th. 2. c. 8. §. 13. Andere dagegen behaupten, daß der Eigenthümer des Weideplatzes die Lämmer nicht länger als bis zur Absetzzeit ungezählt auf der Weide zu leiden schuldig sey, als: Barth, (Diss. de jure pascendi cap. 3. §. 5.) Rohr, (Haushaltungsrecht B. 6. c. 3. §. 5. S. 814.) Wernher, (Obs. T. II. P. 8. ob. 491.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 592.) Oberbeck, (Meditationen über versch. RM. B. 5. Med. 310) Glück, (P. Comm. Th. X. §. 679.) Leyser ist bald dieser bald jener Meinung, (im jure georgico L. 2. c. 14. n. 52. vergl. mit L. 3. c. 10. n. 17. und med. ad Pand Sp. 108. m. 1.) s. a. Pr. Lr. Th. 1. tit. 22. §. 98. welches über=

haupt in Ansehung des gefallenen jungen Viehes bestimmt: daß es, so lange es säugt, von der Hutung nicht auszuschließen ist.

Die Gründe, worauf sich die erste Meinung vorzüglich stützt, sind:

1) das Lamm ist das Accessorium der Mutter;

2) es kann kein großer Nachtheil entstehen, wenn die Lämmer neben der Mutter auf die Weide kommen;

3) es kann analogisch das, was in L. 19. §. 7. D. locati cond. bestimmt ist, hier angewandt werden; denn, so wie hier nach der Entscheidung Ulpians die Mutter, welche zur Fahrt auf dem Schiffe ein Locarium bedungen, nicht verbunden ist, wenn sie niederkommen sollte, für das Kind etwas zu bezahlen, so kann auch wegen der Lämmer nichts verlangt werden. Wie daraus ein Entscheidungsgrund genommen werden kann, ist freilich schwer zu begreifen.

Runde, (Beitrag zum deutschen Recht B. 1. n. X.) ist der Meinung, daß diese Frage entschieden werden müsse:

1) aus der Absicht des die Zahl bestimmenden Vertrags. Die Zahlen werden darum bestimmt, um die Weide nicht mit zu viel fressenden Thieren zu übertreiben, und je zahlreicher die Heerde sey, die zarten Keime des Futters durch die spitzen Füße der Schafe, vorzüglich in der Frühlingshutung, gleich in ihrem Entstehen zu verderben, und eben dadurch ein großer Nachtheil entstehe. Hieraus ergebe sich die nothwendige Folge, daß das Lamm, so bald es die Mutter entbehren kann, und seine volle Nahrung auf der Weide sucht, mit gezählt werden müsse;

2) aus der rechtlichen Natur aller Reallasten ergebe sich, daß keine ausgedehnte Erklärung der Verträge, wodurch sie constituirt sind, zuläßig sey; alle Betrachtungen von Billigkeit müssen da, wo es auf Beschränkung der natürlichen Freiheit der Eigenthumsrechte ankommt, als unerheblich verworfen werden.

3) Die Gewohnheit könne nur dann als Entscheidungsnorm angenommen werden, wenn solche bei den Schäfereien der Gegend oder des Orts in Gebrauch sey, welche

in bestimmter Anzahl vermöge einer Realdienstbarkeit fremde Weiden betreiben.

Die letzte Meinung geht dahin, daß die Lämmer blos bis Michaelis zu dulden sind: s. Oeconomia forensis B. 1. §. 113. lit. a. Stengel, (Beiträge B. 2. S. 416, 13.)

Diese Meinung ist wohl die richtigere, weil sie allen Streitigkeiten und weitern Untersuchungen und Beweisen vorbeugt.

§. 211. (M. §. 151. not. 3.)

Wenn die Bauern, die Schafe besitzen, solche in die Heerde des Amts-Vorwerks oder adeligen Guts aufnehmen lassen, so sind sie doch berechtigt, diese Schafe des Nachts auf ihre Ländereien in Horden zu legen.

Der Pferch ist eine natürliche Nutzung der Schafe und sonach jeder Eigenthümer derselben befugt, solche in Horden auf seine Ländereien zu legen, bis nicht das Gegentheil rechtlich erwiesen ist. (Cramer, NStund. Th. 3, n. 3. Th. 78. n. 5. Pufendorff, obs. T. 1. n. 123, Struben, rechtl. Bed. Th. 2, n. 75. Th. 4. n. 117.) Daraus, daß die Schafe in der Heerde unter andern der Gutsherrschaft zur Weide übergeben worden, kann nicht ein Recht der erstern hergeleitet werden, den Pferch dieser Schafe in Horden zur Nachtzeit zu benutzen: denn so wenig aus dem Weiderecht das Pferchrecht folgt, und die Dorfeinwohner, welche der Gutsherrschaft die Weide auf ihren Grundstücken gestatten müssen, verlangen können, daß die Gutsherrschaft die Horde auf ihre Ländereien zur Nachtzeit lege, eben so wenig kann der Gutsherrschaft die Befugniß zustehen, von den Bauern, die ihre Schafe in die Heerde zum Zweck der Weide geben, ihr zur Horde zu überlassen; will sie dieß, so muß sie einen besondern Grund nachzuweisen im Stande sein.

Hiermit stimmen überein: Gabken, (Grundsätze des Dorfrechts §. 504.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 594.) Ebend., (praktische Erörterungen B. 7. S. 41,)

Mittermaier. (a. a. O.) Das Gegentheil nimmt an: Westphal, (deut. Privatrecht Th. 1. Abh. 30. §. 2.)

§. 212. (M. §. 152. not. I.)

Das Recht auf Windbrüche ist nicht in dem Beholzungsrecht begriffen?

Das Beholzungsrecht besteht blos in der Befugniß, Holz zu fällen für seinen Bedarf. Das Recht auf Raffholz besteht in der Befugniß, trockncs und herabgefallenes Holz, oder welches in abgeholzten Schlägen sich befindet, aufzulesen. Da nun Windbrüche, worunter die durch den Wind umgeworfenen kranken Bäume, und die Windfälle, die Bäume, welche bei heftigem Sturm umgerissen worden, nicht unter jenes Holz, welches den Gegenstand des Beholzungsrechts ausmacht, zu bringen sind, so gehören sie dem Eigenthümer des Waldes, auch können Forstbeamte sie nicht als Accidenzen ansprechen.

Hiermit stimmen überein: Horn, (de eo quod justum est circa arbores turbine dejectas. Viteb. 1716.) Krause, (de dominio arborum turbine dejectarum in vicinum praedium. Vit. 1736.) Ayrer, (de jure sibi habendi arbores in fundis villaticis turbine dejectas. Goett. 1755.) Runde, (deut. PR. §. 147.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 28a. not. 10. u. §. 194.) Mittermaier. (a. a. O.)

§. 213. (M. §. 152. II.)

Die Eichellese darf nicht zum Nachtheil des Jagdberechtigten gereichen.

Wenn der Eigenthümer der Waldung die Jagdgerechtigkeit Jemandem verliehen, so hat er ihm dadurch zugleich die Ansprüche gestattet, die er machen kann, um diese Befugnisse ausüben. So wenig dem Eigenthümer des Waldes, der Jemandem das Holzrecht verliehen, gestattet werden kann, Holz nach Willkühr zu fällen, sondern derselbe so viel übrig lassen muß, als die Bedürfnisse des Berechtigten erfordern, so ist es auch hier. Wenn behauptet wird, daß

das Wild zu seiner Nahrung keiner Mast bedarf, indem es auch in den unfruchtbarsten Gehölzen leben kann, um dem Eigenthümer der Waldung nicht die Fristung des Wildes des Jagdberechtigten aufzubürden, sonach in der Befugniß der Eichellese zu beschränken sei, so möchte wohl ersteres bei den Schweinen nicht angewandt werden können, und letztere Behauptung dadurch ihre Kraft verlieren, weil er sich durch Einräumung der Jagdgerechtigkeit in den natürlichen Nutzungen seines Waldes beschränkt hat, sich auch den nothwendigen forstwirthschaftlichen Beschränkungen unterwerfen muß.

Hiermit stimmen überein: Struben, (rechtl. Bedenken Th. 1. n. 25.) Riccius, (von d. Jagdgerechtigkeit Cap. 3. §. 6.) Stryck, (u. m. Lib. 43. tit. 28. §. 3.) Engau, (elem. jur. g. L. 2. tit. 12. §. 223.) Selchow, (El. jur. ger. §. 541.) Runde, (deutsch. PR. §. 146.) Danz (Handbuch des deutsch. PR. §. 146.) sagt: es liegt am Tage, daß der Waldherr seine Eichellese und Mästung so ausüben muß, daß das Wild des Jagdherrn die nöthige Nahrung behält.

Das Gegentheil nehmen an: Leyser, (Med. ad. P. Sp. 441. m. 12.) Pietsch, (Forst- und Jagdrecht §. 57.) Kopf, (Diss. de eo quod justum est circa glandes Tub. 1775.) Püttmann, (element. jur. feud. §. 85.) Hagemann (Landwirthschaftrecht §. 191. n. 4.)

§. 213. b)

Die Eichellese steht dem Waldherrn zu.

Einige Rechtslehrer sind der Meinung, daß dem Landesherrn vermöge der Forsthoheit die Eichellese zukomme.

Myler ab Ehrenbuch, (de principibus et stat. imp. P. 2. c. 73. §. 6.) Haubold, (observat. forest. obs. 13. n. 8. obs. 14. n. 14.). Andere behaupten: daß sie dem Jagdherrn zukomme: als F. Prückmann, (tr. de venatione Cap. 8.) Cothmann, (consil. et resp. Vol. 3. c. 48. n. 110.) Struv, (Synt. j. feud. C. VI. aph. 2. n. 3.) Noch Andere nehmen an, daß es ein Recht

des Waldeingenthümers sei: als Meurer, (Forst- und Jagdrecht Th. 2. S. 25.) Mohr, (tract. de jure ven. aucupandi et piscandi P. 2. c. 3.) Harprecht, (Resp. jur. crim. et civil. Vol. 4. Resp. 69.) Titius, (jus priv. rom. — germ. Lib. 8. c. 14.) Leyser, (Medit. ad P. Vol. 7. Sp. 441. med. 12.) Püttmann, (elem. jur. feud. Lpz. 1781.) Hertel, (resp. Heuser) (Diss. de jur. gl. leg. Jen. 1736.) Kopf, (Diss. de eo quod circa gl. justum est. Tub. 1775.) Schröter (Abh. Th. 1. S. 408 — 415.). Ist daher das Eigenthum des Waldes 1) einem Unterthanen, so steht ihm dieses Recht ohne Beschränkung des Jagdberechtigten zu, nur daß er so viel Eicheln übrig lassen muß, als das Wild zur nothwendigen Nahrung gebraucht. (§. 113.) Auch kann der Landesherr seine Befugniß in so weit beschränken, als es zur Erhaltung der Holzungen nothwendig ist, vermöge der Forsthoheit. 2) Steht das Eigenthum einer Gemeinde zu, so ist zu unterscheiden: ob der Wald zum Patrimonium der Gemeinde gehöre, oder ein wahres Gemeindegrundstück ist: im ersteren Fall ist die Eichellese von den Gemeindevorstehern zu verwalten, im zweiten Fall kann jedes Mitglied Eicheln lesen. 3) Ist das Eigenthum dem Landesherrn, so steht den Unterthanen nur vermöge besonderer Verträge oder nach Gewohnheitsrecht, die Befugniß zu.

§. 214. (M. §. 152. not. II.)

Ist Jemandem unbestimmt das Mästungsrecht verliehen, so kann solches auch bei der halben Mast, nicht aber Sprengmast, ausgeübt werden; ist aber die Verleihung ausdrücklich auf die volle Mast, so hat er auf die halbe Mast keine Ansprüche.

Volle Mast ist vorhanden, wenn die Eicheln reif, voll und überflüssig sind. Wenn die Eichen Mast haben, aber nicht recht voll sitzen, so wird der Vorrath die halbe Mast genannt. Sitzen die Eicheln nur an einigen Orten in Revieren voll, so heißt es eine Drittel, und wenn die Wipfel der Bäume mit Früchten besetzt sind, eine Viertelmast: sind im ganzen Forst nur einige we-

nige Bäume mit einigen Früchten versehen, so ist eine Sprengmast vorhanden.

Ist das Mastungsrecht unbestimmt Jemandem zuständig, so sind einige Rechtslehrer der Meinung: als Hertel, resp. Heuser, (de eo quod justum est, circa jus glandis legendae. Jen. 1742.) Schröter, (jurist. Abhandl. Th. 1. S. 422.) Danz, (Handb. d. deutsch. PR. Th. 16. S. 29), daß der Berechtigte nur bei voller nicht bei der halben Mast das Recht ausüben könne. Diese Meinung ist aber darum unrichtig, weil das eingeräumte Recht aufhören würde; daß er aber auf die Sprengmast keine Ansprüche zu machen befugt ist, daraus erklärbar, weil dem Waldeigenthümer die Benutzung des Waldes auf diese Art ganz entzogen werden, er sonach eine zu große Beschränkung seiner Eigenthumsrechte erleiden würde; s. Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 193.)

Wenn ihm das Mastungsrecht bestimmt auf die volle Mast verliehen ist, so kann er auch nur auf diese Ansprüche machen. Berger, (in Suppl. ad E. D. F. P. 2. p. 1959.) Struben, (rechtl. Bed. Th. 2. B. 25.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 193. not. 59.) Wenn in der Verleihungsurkunde die Ausdrücke gebraucht sind: „wenn der liebe Gott Mast beschert, wenn Mast vorhanden," so sind sie blos von voller Mast zu verstehen. Heuser, (a. a. O. §. 37.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 4. S. 67.) Eisenberg und Stengel, (Beiträge B. VI. S. 70.)

Dritte Abtheilung.

Von den Reallasten.

§. 215. (M. §. 153.)

Die Analogie eines bestimmten römischen dinglichen Rechts passt nicht auf die deutschen Reallasten.

Reallasten (onera realia, wie schon Carpzov sie nennt P. 1. const. 28. def. 54.) sind Verbindlichkeiten, welche auf einem Gute so ruhen, daß sie auf jeden Besitzer

desselben ipso jure übergehen, und vermöge welcher er zu gewissen, beständig wiederkehrenden in Privatverhältnissen vorkommenden Leistungen verbunden ist. *)

*) Vollgraf, im Archiv der civilist. Praxis B. 9. Beil. Heft S. 3. verwirft ganz die Theorie von Reallasten.

Wenn nun gleich das römische Recht auch in einzelnen Fällen die Verpflichtung zum Thun oder Geben als eine Last der Grundstücke kennt, (L. un. §. 3. D. de via publ. L. 7. pr. D. de publicanis, wo es heißt: rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia non personas conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere); so konnte doch eine solche Leistung durch eine Privathandlung nicht nach Art der Servituten mit jenen verbunden werden. (L. 15. §. 1. D. de servit. L. 81. §. 1. de cont. emt.: Lucius Titus promisit de fundo suo centum millia mediorum frumenti annua praestare praediis Gaji Seji, postea Lucius Titus vendidit fundum — Quaero, an emptor Gajo Sejo ad praestationem frumenti sit obnoxius? respondit, emptorem Gajo Sejo, secundum ea, quae proponerentur, obligatum non esse; s. Zachariä, Lehre des römischen Rechts von dergleichen Dienstbarkeiten, in Hugo civil. Magaz. B. 2. n. 15. §. 10.

Ueberdieß kann die bloße Nahmensähnlichkeit eines deutschen Instituts mit einem römischen zu keiner analogen Anwendung römischer Rechtsbestimmungen berechtigen, eben so wenig als das bloße Dasein einzelner ähnlicher Merkmale: es muß vielmehr die ursprüngliche Natur des Instituts, seine ratio und die Meinung der Contrahenten erforscht werden. Wenn wir nun dieses bei den Reallasten thun, so finden wir die größte Verschiedenheit zwischen diesen und den römischen Servituten, indem unter andern sie keine Einschränkungen des Eigenthums sind, in einer Befugniß zur Verfügung über eine Sache bestehen, die Reallasten dagegen in einem Anspruch auf ein dare, facere, oportere. Sonach sind sie ihrem ganzen Wesen nach als Obligationen zu betrachten, nur daß bei ihnen der Berechtigte und Verpflichtete erdichtete Personen sind, in-

dem das belastete Gut die Stelle einer Person vertritt, und eben so das herrschende Gut als eine rechtsfähige Person gedacht wird. Sonach ist es am richtigsten, sie als eine eigene Art dinglicher Rechte neben Servituten und Pfandrecht aufzustellen, wo es freilich nothwendig wird, die eigenthümliche Natur der einzelnen Arten derselben zu erforschen.

Dieser Meinung sind: **Kind**, (Quaest. for. T. II. c. 71.) **Abegg**, (de servitutibus in faciendo. Regiom. 1827.) **Unterholzner**, (Verjährungslehre §. 254.) **Mittermaier**, (a. a. O.)

Das Gegentheil nehmen an die ältern Rechtsgelehrten: **Francke**, (var. resol. p. 81.) **Böhmer**, (de actionibus Sect. 2. c. 2. §. 44.) **Hauschild**, (von den Frohndiensten S. 37.) v. **Kreitmaier**, (Annalen zum C. Max. Th. 2. K. 8. §. 16) **Schmidt**, (Lehrbuch v. Klagen §. 471.); auch neuere: als **Glück**, (Pand. Comm. Th. 10. S. 243.) **Seuffert**, (das Baurecht, die Reallasten und das Näherrecht. Würzb. 1819. S. 71.) **Eichhorn**, (Einl. §. 161.) **Zachariä**, (Welche Rechte hat der Gläubiger rc. Heidelb. 1828. S. 10.)

§. 216. (M. §. 153. a not. 6.)

Die actio in rem scripta passt nicht zur Dinglichkeit der Verhältnisse bei Reallasten.

Daß die actio in rem, bei allen Reallasten auch im Forderungrecht liege, welches ihren Hauptcharakter ausmacht, und gegen jeden Besitzer auf die fällige Leistung gerichtet sey, nicht nur, wenn die Forderung aus einem ausdrücklichen Vertrage entspringt, sondern auch da, wo dieser fehlt, weil entweder eine mit dem Besitz gesetzlich verknüpfte obligatio vorhanden ist, oder ein stillschweigender Vertrag voraus gesetzt werden muß, behauptet **Eichhorn**, (Einl. §. 166.). **Mittermaier**, (a. a. O.) ist der entgegengesetzten Meinung, weil durch Anwendung der actio in rem nichts gewonnen werde, und sie auch nicht zur entschiedenen Dinglichkeit des Verhältnisse, passe; s. a.

Archiv für die civil. Praxis. B. 6. S. 110 und Roshirt, über Besitz im Archiv VIII. S. 55.)

§. 217. (M. §. 154.)

Der Besitzer des verpflichteten Guts haftet wegen der rückständigen Leistungen nur aus einem besondern Grunde.

Wegen der Analogie von L. 7. de publicanis L. 36. D. de jure fisci sind Mehrere der Meinung, daß die Verbindlichkeit des Nachfolgers sich auf alle rückständigen Reallasten beziehe; als: Francke, (var. res. 1. res. 3. n. 12.) s. a. Runde, (Rechtslehre v. d. Leibzucht §. 49. S. 449.) Diese Meinung ist schon nach der L. 5. §. 3. D. de censibus, L. 1. C. si propter pub. pensiat. nicht anzunehmen. (Glück P.Comm. Th. 19. §. 1094. S. 248.) Andere sind der Meinung, daß diese Verbindlichkeit blos auf die Reallasten zu beziehen sey, welche in jährigen Einkünften bestanden; auch diese Meinung ist hinlänglich widerlegt von Lauterbach, (colleg. th. pract. ad Pand L. 20. tit. 2. §. 126.) und Glück, (a. a. O. §. 1087 b. S. 60.) Noch Andere behaupten, daß der Besitzer blos für die Prästationen hafte, welche während seines Besitzes fällig werden. Schwarz, (das Institut der Reallasten; Erlangen 1827. S. 48.) Einige sind aber der Meinung, daß zwischen dem successor universalis und singularis zu unterscheiden sey, jener hafte immer, dieser nur alsdann, wenn a) der Berechtigte nach den Landesgesetzen eine Hypothek wegen Reallasten hat, b) wenn die Rückstände ins Hypothekenbuch eingetragen sind.

Dieser Meinung sind, was ins Besondere die Zehnten betrifft: Böhmer, (jus eccl. Prot. Lib. II. tit. 26. §. 24.) v. Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 2. c. 10. §. 4.) bei Renten: Eichhorn, (Einleitung §. 166.) Ueberhaupt Mittermaier, (a. a. O.)

Anmerk. Nach franz. Recht ist die Frage bestritten: ob die rentes foncieres (dieß sind die deutschen Grundrenten) wahre Reallasten und sonach auf jeden Besitzer übergehen? Bejahend entscheidet solche von Rave, (in Kampf Jahrb. Heft 55. S. 1.) verneinend Zachariä, (Welche Rechte hat der Gläubiger einer vorbehaltenen Rente gegen den Besitzer des Grundstückes? Heidelberg 1828.)

§. 218. (M. §. 154. not. 2.)

Dem Gutsbesitzer kommt wegen Leistungen aus Reallasten nur dann ein Vorzugsrecht zu, wenn Landesgesetze dieß bestimmen.

Einige Rechtslehrer sind der Meinung, daß die Forderung des Gutsherrn überhaupt mit oder ohne Voraussetzung eines Pfandrechts, ein Vorzugsrecht im Concurs genieße. Schweppe, (System des Concurses S. 70.) Eichhorn, (Einleitung §. 166.) Andere wollen demselben das Vorrecht gestatten, welches ein Verpächter in dem Vermögen des Pachters hat: [a]) Runde, (deusches PR. §. 515.) Danz, (Handbuch des deutschen PR. §. 516. S. 287.) wenn nicht mit den gutsherrlichen Rechten fiscalische Vorrechte verbunden sind, oder die landesgesetze überhaupt der Gutsherrschaft ein besonderes Vorrecht zusichern.

a) Wollte man dieß annehmen, so würde die streitige Frage: ob sich solches auch auf die illata des Verpflichteten erstrecke, in Berührung kommen: worüber wegen der Auslegung L. 5. C. de locato cond. sehr verschiedene Meinungen vorhanden sind. S. Meißner vollst. Darstellung des Lehnrechts vom städt. Pfandrecht 2r Theil S. 175. u. s. f.

Noch Andere lassen die Analogie von der Haftung und dem Vorrecht bei dem canon emphyteut. eintreten, als: Geisler, (de hypotheca tacita domini ex causa canonis emphyteutici. §. 7.) Die letzte Meinung endlich geht dahin, daß nach dem gemeinen Recht ein solches Vorrecht nicht anzunehmen sey. Mevius, (dec. IV. n. 403.) lauterbach, (coll. theor. pract. D. de tacit. pign. th. 93.) Struben, (de jure villicorum c. 4. §. 9.) Buri, (Abhandlungen von Bauerngütern S. 85. S. 767.) v. Selchow, (elem. jur. germ. §. 237.) Gmelin, (Ordnung der Gläubiger S. 288.) Westphal, (lehre vom PR. §. 101.) Dabelow, (Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 608.) Meißner, (v. stillschw. PR. Th. 2. §. 200.) Runde, (v. d. Leibzucht §. 49. not. n.) Glück, (Pand. Comm. Th. 19. S. 61.) Mittermaier, (a. a. O.) Uebrigens gestatten aber mehrere Particulär-Gesetze ein solches Vorrecht; s. v. Selchow, (a. a. O. not. 2.) s. a. Pr. GOrd. 1. 50. §. 312. Baierische Prioritätsord. §. 12. n. 7.

§. 219. (M. §. 156.)

Zwischen Zins und Erbzins, ist ein wichtiger Unterschied.

Wenn gleich Schilter, (exercitat. C. 16. §. 84. Diss. de bon. laudem. §. 48.) Ziegler, (de praediis censiticis ruralibus.) Höfer, (Diss. quod jure germanico et saxonico elect. inter bona emphyteuticaria et censitica nulla intercedat differentia.) das Gegentheil annehmen, so vertheidigen doch die richtigere Meinung: Stryck, (Usus mod. Pand. L. 6. tit. 3. §. 2.) Schmidt, (jus germ. p. 399.) Hellfeld, (Repertorium voc. bona cens. §. 2. 5.) Stipper, (de bonorum emphyt. ex cens. differentia ejusdem in electorali sax. usu.) v. Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 4. K. 7. §. 33.) Danz, (Handb. B. 4. §. 506.) und Mittermaier, (a. a. O. u. §. 435.) s. im Buch 7. Abth. 2. Mehreres.

§. 220. (M. §. 157. not. 2)

Die Präven können von den Zinspflichtigen nur dann gefodert werden, wenn Gesetz oder Herkommen dieß bestimmt.

Das Wort Präve kommt von Präbende, womit in den Klöstern alles bezeichnet wurde, was an Eß- und Trinkwaaren den Dienstleuten und Zinspflichtigen bei der Leistung der Ablieferung gereicht wurde: sie bestehen in Mahlzeiten, Bier u. s. f. — (Grimm, Rechtsalterthümer S. 395.) Zur Einführung derselben soll der Bischof zu Paderborn, Meinwerck, die Veranlassung gegeben haben. (vita Meinwerci c. 44.)

Wenn es gleich wohl der Billigkeit gemäß ist, daß dem Zinspflichtigen etwas gereicht werde, wenn er den Zins abliefert, so ist es doch keine Schuldigkeit des Zinsherrn, dieß zu thun; auch kann, wenn es gleich gewöhnlich ist, solches nicht vermuthet werden.

Hiermit stimmen überein: Pufendorff, (Tom. 1. obs. 121. §. 15.) Quistorp, (Beitr. zur Erläutr. verschiedener Rechtsmaterien. Rost. 1787. n. 44.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 235. not. 8. §. 254.)

Kind, (Quaest. for. T. 4. c. 56.) Eichhorn, (Einl. §. 252.)

§. 221. a) (M. §. 157. not. 3.)

Wenn der census als pars quota der Früchte gegeben, so finden die Grundsätze des Zehntrechts Anwendung.

Wenn gleich einige der Meinung sind, daß hier die Grundsätze von der Pachtung oder Emphyteusis zur Entscheidung gebraucht werden können, als Stryck, (de caut. cont. S. 2. C. 9. §. 13.) Leyser, (jus georgic. L. 1. C. 20. n. 2.) Lauterbach, (de colono partitiario §. 1. 12.) oder auch ein Societätsverhältniß anzunehmen sei, indem der Eigenthümer ein Gut conferirt, und der Colon die Arbeit, s. v. Kreitmaier (Anmerk. zum C. Max. bav. Th. 4. K. 7. §. 32.) so ist richtiger, mit Andern, als Mittermaier (a. a. O.) anzunehmen, daß die Analogie vom Zehntrecht hier Platz greife, womit auch das Pr. LR. Th. 2. tit. 7. §. 474. übereinstimmt: „Gebührt der Herrschaft ein verhältnißmäßiger Antheil (pars quota) gewisser Erzeugnisse, es sei als Zehnt oder unter andern Namen, so finden die Vorschriften vom Zehntrecht Anwendung." Daß die Folgerungen aus diesem oder jenem Princip sehr verschieden sind, ist leicht bemerkbar.

§. 221. b) (M. §. 157. not. 4)

Eine Erhöhung des Zinses kann selbst in dem Falle, wenn das Grundstück durch Zuwachs aus der Gemeinheitstheilung vergrößert wird, nicht statt haben.

1) Wendet man analogisch dasjenige an, was bei Frohnen gilt, so ist der Satz ganz gegründet. So wenig wie der Dienstherr bei Gemeinheitstheilungen die Dienste für diesen Zuwachs von den Frohnpflichtigen verlangen kann, indem er sonst auf Kosten der Dienstleute sein Vermögen vergrößern würde, (Bülow und Hagemann, Erört. B. 4. n. 54.) und so wenig der Frohnherr in dem Falle, wenn der Dienstpflichtige sein Gut verbessert, selbst bei ungemessenen Frohnen noch mehrere zu

fordern berechtigt ist, eben so wenig ist er es auch hier bei dem Zins.

2) Ist der Antheil an der Gemeinheitstheilung als ein Surrogat der Weide zu betrachten, die ihm jetzt durch Aufhebung der gemeinschaftlichen Hut und Weide entzogen wird.

Hiermit stimmen überein: Claproth, (in den Rechtsfällen not. LXXX.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 254.)

Das Gegentheil, wegen der Frohne, wird von Gabke, (Dorfrecht §. 387.) angenommen.

§. 222. (M. §. 158.)

Die Entrichtung eines Huhns als Zins ist jetzt nicht mehr ein sicheres Zeichen der Hörigkeit.

Daß in ältern Zeiten die Entrichtung eines Huhns als Zins, als Zeichen der Leibeigenschaft galt, ist wohl nicht zu leugnen. (Stamm, de servitute personali L. 3. c. 22.) Später hin, da die Hörigen den freien Bauern näher gebracht, jene mehr Erleichterung, diese mehrere Lasten erhielten, ließen sich auch an manchen Orten letztere einen solchen Zins gefallen, und es kann sonach jetzt nicht mehr als ein sicheres Zeichen der Leibeigenschaft angesehen werden.

Hiermit stimmen überein: Göbel, (de jure et jud. rust. c. III. §. 37.) Grimm, (Rechtsalterthüm. S. 376.) Mittermaier, (a. a. O.) Das Gegentheil nehmen an: Westphal, (deutsches PR. Th. 1. n. 31.) Eisenhardt, (Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörwörtern 2te Abtheil. n. V. §. 1.) Hagemann, (Landwirthschafts §. 254. n. 6.) Ortloff, (Grunds. des d. PR. S. 417.)

§. 223. (M. §. 158.)

Das Wort Rauchhuhn ist von Rauch herzuleiten, und bedeutet einen Wohnungszins.

Was die Herleitung des Worts betrifft, so behauptet Heineccius, (Diss. de origine atque indole jurisd.

patr. Hal. 1716. §. 19.) daß darunter ein geräuchertes Huhn zu verstehen sei. Manzel, (in select. notion. T. 1. p. 240.) sich auf eine Urkunde in Westphal, (T. 2. mon. ined. p. 2059) berufend, auch Dreyer, (in den vermischten Schriften Th. 2. S. 740.) daß es soviel als ein rauches Huhn (gallina pulmosa) ein befiedertes, lebendiges Huhn bedeute. Nach der richtigen Meinung ist aber das Wort von Rauch abzuleiten, sonach von Hof, Gebäude. Eisenhardt, (Gr. des deut. R. in Sprüchwörtern Abth. 2. n. 5. §. 1.) Dreyer, (Th. 3. S. 1407. der seine frühere Meinung geändert) Bodmann, (von Rauchhuhn; in Siebenkees Beitr. zum deutschen Recht Th. 5. S. 12.) Runde, (Gr. d. deutsch. Privatr. §. 507. not. e.) Grimm. (Rechtsalth. S. 375.)

Das Rauchhuhn kommt nur als eine Abgabe vor, welche für den ertheilten Schutz gegeben wird, als Schutzgeld, und es kann von der Leistung weder auf Gerichtsbarkeit überhaupt, (wie auch unter andern das Gegentheil Stryck, Diss. de jurisdictione circum sept. c. 3. n. 34. Vol. 1. Diss. 22. annimmt,) noch auch auf die peinliche Gerichtsbarkeit geschlossen werden.

Hiermit stimmen überein: Oelhafen, (praes. Deinling) (de praestatione gallinariis sive Hühnerzinsen. Alt. 1731. p. 17.) Schleplitz, (Consuet. march. p. 75.) Meister, (Einleitung in d. peinliche Gerichtsbarkeit S. 493.)

§. 224. (M. §. 159. not. 2.)

Zwischen Zinsschweinen und Ferkelzehnt ist ein wichtiger Unterschied.

Die Naturallieferungen sind für die Consumtion des Gutsherrn bestimmt, und müssen daher von der Beschaffenheit sein, daß sie den beabsichtigten Nutzen völlig gewähren. Hagemann, (prakt. Erört. B. 7. n. 75.) Sonach können diejenigen, welche zur Entrichtung der Zinsschweine verbunden sind, keine Ferkel dem Gutsherrn als Zins liefern, wozu der Zehntpflichtige berechtigt ist. Wol-

len sie daher jüngere, als einjährige Schweine liefern, so müssen sie die Befugniß hierzu durch Vertrag oder rechtliches Herkommen nachweisen.

Dieser Meinung sind Pufendorff, (Obs. T. 4. Obs. 224.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 253. not. *)

§. 225. (M. §. 159. not. 6.)

Nachlaß des Zinses wegen Unglücksfällen findet der nach Regel nicht statt.

Die Meinungen der Rechtsgelehrten sind über die Frage: ob der Zinsmann Erlaß des Zinses fordern könne? verschieden.

Daß bei den aufgelegten Zinsen kein Nachlaß gefordert werden kann, darüber ist keine getheilte Meinung: indem hier der Grundsatz eintritt: casum sentit dominus.

Bei den vorbehaltenen Zinsen lassen Einige, als Buri, (von Bauerngütern S. 271.) Mylius, (de remiss. merced. propter sterilit. Lpz. 1740.) Schrassert, (de censu p. 147.) Mevius, (Decis. IX. dec. 84.) Mittermeier, (a. a. O.) eine Remission dann eintreten, wenn die Analogie von Pacht bei der Gutsverleihung nachzuweisen ist. Andere dagegen wollen den Nachlaß überhaupt gestatten, wenn der Zins mit den Früchten in der Proportion eines Locarium steht, sonst aber nur dem Herkommen nach, welches zuweilen bei dem Nachlaß an den öffentlichen Abgaben auch den Zinsherrn zur verhältnißmäßigen Remission verpflichtet; s. Struben, (de jure villicorum C. 4. §. 2.) Spengel, (de natura et indole emphyt. germ. §. 21.) Lennep, (von der Leihe zum Landsiedelrecht S. 438. n. 3.) Eichhorn, (Einl. z. deutsch. P R. §. 253. n. 5.) Noch Andere unterscheiden: ob dem Zinnsmann ein unvollkommnes, oder gar kein Eigenthum an dem Gute zukomme: im erstern Fall, wenn das Gut ein Bauernlehn, oder eine wahre Emphyteuse sey, finde kein Nachlaß statt: im zweiten Fall, wenn dem Besitzer ein bloßes Colonat oder erbliches Benutzungsrecht

zuste-

zustehe, sey wieder darauf Rücksicht zu nehmen: ob der Zins die Natur der Pachtvergeltung, oder die eines Canons (Bekenngeldes) habe; dort seyen die Rechtsgrundsätze analogisch zur Anwendung zu bringen, welche bei der Remission des Pachtgeldes bei einer Zeitpacht gelten, hier sey aber die Rechtsanalogie von der Emphyteuse anzuwenden, nach welcher der Zinsmann wegen erlittener Unglücksfälle einen Erlaß oder eine Verminderung des Zinsen zu fordern nicht berechtigt sey. Dieser Meinung sind: Höpfner, (Commentar über die Inst. §. 901.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 516.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 256.)

Nach den richtigern, auch in den preußischen Gesetzen, (Pr. LR. Th. 2. tit. 7. §. 488 — 492.) angenommenen Bestimmungen, ist zu unterscheiden: ob wegen Unglücksfällen ein Erlaß der landesherrlichen Steuern erfolgte, oder ob dieß nicht ist: in jenem Falle ist auch der Zinsherr verbunden, einen verhältnißmäßigen Nachlaß des Zinses zu bewilligen.. (Nach dem preuß. Landrecht muß das den Unterthanen zu erlassende Quantum nach der Hälfte der Zeit, für welche der Landesherr die Steuern erlässt, berechnet werden: werden sechsmonatliche Steuern nachgelassen, so kommt den Unterthanen an jährlichen herrschaftlichen Zinsen ein Erlaß eines Viertels zu.) Im letztern Fall, wenn kein Nachlaß an landesherrlichen Steuern erfolgte, kommt es darauf an, in welchem Verhältniß der Zinsgutsbesitzer steht, ob er als Emphyteuta oder als bloßer Zeitpachter zu betrachten, oder ob ihn ein bloßes Colonat zusteht: im erstern Fall kann er keinen Nachlaß verlangen, vergl. Pr. LR. 1. 18. §. 758. in dem zweiten alsdann nicht, wenn der Schaden von der Art ist, daß derselbe durch die Vortheile der vorigen Jahre aufgewogen wird, vergl. Pr. LR. 1. 21. §. 207, s. a. Buri, a. a. O. S. 271 und Runde, Vertheid. der hochstift. hildesh. Landesverfassung §. 120. — s. dagegen Eichhorn, a a O. §. 253. not. d.) Im dritten Fall kann er gar keinen Nachlaß fordern (Pr. LR. 2. 7. §. 492.)

§. 226. (M. §. 160. not. 3.)

Das Auspfändungsrecht wegen liquider Forderungen steht der Gutsherrschaft zu.

Im Sachsenspiegel heißt es, in B. 1. Art. 54.

Der Herr mag wol selbst pfenden auf seinem gut umb sein Zinss oder gelt, das man im davon gelobt hat, ohne des Richter Urlaub.

auch so im Schwabenspiegel c. 333.

Es ist dieses Recht, welches nach dem römischen nicht statt hat, ein in der Gutsherrlichkeit und nicht in der Gerichtsbarkeit begründetes Recht; (Beck, de jure emphyt. C. 7. §. 5.) und kommt sonach jedem Gutsherrn, der auch keine Gerichtsbarkeit besitzt, zu. Doch steht dem Gutsherrn dieses Recht nur zu:

1) wegen liquider Forderungen, d. h. solcher, welche in den Urbarien, Grund= Seel= und Lagerbüchern, Heberegistern und Grundgerechtigkeitsbriefen in quali et quanto vorgetragen sind;

2) es kann nur statt haben an Sachen, welche der Zinsmann nicht zu seiner Oeconomie oder Nothdurft gebraucht, als: Ackergeräthe, unentbehrliches Vieh;

3) nur wegen der Forderungen, welche aus grundherrlichem Vertrag entspringen.

Uebrigens sind in den Particulär=Gesetzen mehrere Beschränkungen dieses Rechts vorhanden: unter andern, daß die gepfändete Sache den ordentlichen Gerichten abgegeben und von diesen verkauft werden muß, daß nur der Zins von einem oder höchstens zwei Jahren auf diese Art beigetrieben werden kann.

Hiermit stimmen überein: Buri, (Abhandlungen v. Bauerngütern S. 85.) v. Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. IV. C. 7. §. 28.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 277.) s. a. Cod. Max. Th. IV. C. 7. §. 28. Bair. Verf. Urk. Beil. VI. §. 119 — 127.

Das Gegentheil, daß nämlich dem Guthsherrn nach gemeinem Recht solches nicht zustehe, nehmen an: Hellfeld, (Repert. von Bauerndiensten §. 49.) Schilter,

(de curiis dominicalibus §. 10. 22) Maindres, (de jurisdictione colonaria francorum et saxonum.) Hildebrand, (de jurisdictione emphy. germaniae adnexa.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 227. (M. §. 161.)

Die Vermuthung ist für den geistlichen Zehend.

1) Wenn gleich in ältern Zeiten weltliche Zehenden vorkommen, und selbst Tacitus (de morib. germ. c. XXV.) sagt: frumenti modum dominus aut pecudis aut vestis ut colono injungit, die Könige die Bergwerkszehnden besaßen und an Fürsten verliehen, z. B. Friedrich II. dem Herzog Otto von Braunschweig-Lüneb. (Meiborn Tom. III. rer. germ. p. 207.) so änderte sich doch dieß in der Folge, indem theils die Kirchen selbst viele Grundstücke unter der Verpflichtung zur Zehendentrichtung ausliehen, theils weltliche Zehenden an die Kirchen und Geistlichkeit übertragen wurden, wozu hauptsächlich auch das concilium lateranense vom Jahr 1078. beitrug. Denn wenn gleich dieses auf dem Reichstage zu Gelnhausen im Jahre 1186. selbst von den Bischöfen, zur Verwunderung des Papstes, verworfen wurde, und sonach in Deutschland, wenn gleich es in corpore jur. canonici aufgenommen, keine verbindliche Kraft hat, so veranlaßte es doch, daß viele weltliche Zehendherrn ihr Recht der Kirche auftrugen. Auf diese Art verbreiteten sich immermehr die geistlichen Zehenden und nur in wenigen Gegenden Deutschlands fanden sich weltliche Zehenden. Daher ist auch das canonische Recht in dieser Lehre das hervortretende, so lange nicht Zehendordnungen oder Herkommen zu Entscheidungsnormen dienen.

Hiermit stimmen überein: J. H. Böhmer, (jus eccl. Prot. Lib. 3. tit. 3. §. 16 — 35. de praescriptione circa decimas eccles. et saecul. Hal. 1739. §. XIV.) Buri, (Erläutr. des Lehnrechts S. 569.) Struben, (Nebenstunden Th. 5. Abh. 35.) Dürr, (de parocho a perceptione decimarum novalium in germania excluso.

§. 5. 6.) Eichhorn, (Einleitung §. 252. 3.) Der entgegengesetzten Meinung sind: G. L. Böhmer, (de origine et rat. decim. in germ. in elect. jur. civil. T. 3. p. 64.) Pufendorff, (animadversiones juris p. 236 — 270.) Endres, (Diss. de decimat. nobili favoris ecclesiarum parochialium quoad praescriptionem extinctivam participe §. 5. in Schmidt, Thes. jur. eccl. T. 7.) Schnaubert, (Erläuterung des Lehnrechts 2e Aufl. 73. 74. S. 225.) v. Wersebe, (Ueber die niederländischen Colonien Th. 1. S. 403.)

§. 228. (M. §. 163.)

Es ist für den fliehenden und nicht stehenden Zehend die Vermuthung.

Stehender Zehend heißt der, wo der Zehendpflichtige von dem zehendpflichtigen Acker den Zehend nicht eher wegbringen darf, als bis nach vorhergegangener Anzeige der Zehendherr die Auszehndung vorgenommen; fliehender Zehend ist, wo der Zehendherr nicht die Befugniß hat, dem Zehendpflichtigen das Aufbringen oder die Aufsteigung der Fruchthalme anzukündigen, sondern dieß von der Willkühr des Zehendmannes abhängt, und dieser dann von dem Zehendherrn verlangen kann, daß die Auszehndung in einer gewissen Zeit erfolge.

Es wird nun angenommen, unter Andern von Schmidt, (Abh. prakt. Rechtsmaterien herausgegeb. von Faschius. Lpz. 1795. 2 Bd. n. 110. S. 1106.) daß eher ein stehender als fliehender Zehend darunter zu vermuthen sei, weil jeder Zehend zum Besten des Zehendherrn entrichtet werde, der Kornzehend auf dem Acker hafte, welcher zehendbar ist, als eine dingliche Dienstbarkeit zu betrachten, und der Zehendpflichtige leiden müsse, daß der Zehendherr selbige von dem Acker erhebe, daher auch der Zehendpflichtige weder früher, da die Früchte noch nicht reif sind, noch später, da sie bereits reif sind, einerndten dürfe: der Zehendherr sonach ein Recht habe, ersteres dem Zehendpflichtigen zu verbieten, und bei dem zweiten zu verlangen und ihm anzukündigen, daß

die Einsammlung der Früchte vorgenommen werde und der Zehendpflichtige die Früchte nicht eher einfahre, als die Auszehndung erfolgt sei.

Allein mit Recht kann dagegen eingewandt werden, daß

1) bei allen das Eigenthum beschränkenden Rechten zum Vortheil des Belastenden zu vermuthen ist;

2) bei dem stehenden Zehend der Zehendpflichtige der Willkühr des Zehendherrn Preis gegeben ist, indem es von dem Zehendherrn abhängt, wenn er auszehnden lassen will, wodurch leicht veranlasst werden kann, daß alle Früchte verderben, indem der Zehend nicht zeitig genug weggefahren wird.

Der beste Gewährsmann für diese Meinung ist das Pr. L R. Th. 2. tit. XI. §. 901. wo es heißt: sobald dem Zehendberechtigten oder dessen Abzehender gemeldet worden, daß die Früchte zum Abzählen in Bereitschaft stehen, müssen sich dieselben dazu unverzüglich einfinden. §. 902. Der Zehendpflichtige ist nicht schuldig, länger als 12 Stunden nach der Anzeige auf das Abzählen zu warten; §. 903. vielmehr kann er als dann, in Gegenwart oder mit Zuziehung der Dorfgerichte, oder zweier an sich glaubwürdigen Zeugen, auf Kosten des Berechtigten den Zehend selbst ausstoßen und auf dem Felde liegen lassen. §. 904. Nöthigt die Witterung den Zehendpflichtigen, mit der Einfahrung der Früchte zu eilen, so ist es genug, wenn die Anzeige dem Zehendherrn, oder dessen Abzehender, nur 6 Stunden vor dem Einfahren geschieht.

§. 229. (M. §. 163. not. v.)
Ueber streitige Fragen bei Blutzehend.

1) Ob solcher zu den kleinen oder großen Zehend zu zählen? Nach der richtigern Meinung zu ersterem. Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 2. Cap. X. §. 3. n. 4.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 258. S. 488.)

2) Ob der Zehendherr das Beste wählen darf? Nach der richtigen Meinung, das Beste nächst dem Besten.

Struben, (rechtl. Bedenken Th. 4. Bed. 198.) Bülow und Hagemann, (Erört. B. 3. n. 35.)

3) Ob das junge Vieh mit zu zählen, was vor oder nach der Beschreibung umgekommen? Nach der richtigen Meinung ist auf letztern Zeitpunkt zu sehen, wenn nicht der Zehendherr das Gegentheil erweisen kann. Struben, (rechtl. Bedenken B. 1. n. 102. S. 180.)

Anmerk. Daß der Pfarrer, welcher den Blutzehend zu genießen hat, einen Stier, Hengst, zu halten verbunden ist, ist im allgemeinen nicht anzunehmen, wenn er jedoch wegen Haltung (des sogenannten Pfarr=Ochsen) etwas aus der Gemeindekasse erhalten, so muß er solches zurückgeben, wenn er die Obligation nicht mehr übernehmen will. v. Kreitmaier a. a. O. n. 4.

§. 230. (M. §. 164. not. 1.)

Es ist die Vermuthung, das dem Pfarrer des Orts das allgemeine Zehendrecht zustehe.

1) Dieser Satz folgt aus dem §. 228. Gesagten.

2) Er hat die Vermuthung gegen einen jeden; und wenn eine neue Pfarrei in seinem District errichtet wird, so gebührt ihm doch der Zehend, weil durch die Errichtung jener ihm nicht sein Recht benommen werden kann. C. H. Syring (d. i. Fr. Schweder) (in nützlicher Vorstellung und Ausübung des Zehendrechts. Nürn. 1708. p. 461.)

3) Der Landesherr hat kein Recht auf das Zehendrecht vermöge der Staatsgewalt; [a]) s. Böhmer, (jus. eccl. L. 3. tit. 30. §. 56.) Syring, (a. a. O. C. 3. §. 5.) v. Cramer, (wetzl. Nebenstunden P. 13 p. 32. §. 5.) obgleich Reinking, (de reg. saecul. et eccl. L. 3. Clas. 1. C. 8. p. 12.) das Gegentheil annimmt.

a) Es verdient hier die Anmerkung von Kreitmaier, Anmerk. zum C. Max. Cap. 10. §. 5. n. 2. (wenn gleich der Belustigung wegen) bemerkt zu werden. Sie (nämlich die, welche das Zehendrecht dem Landesherrn zusichern) stützen sich auf das, was im B. Samuel. 1. c. 18. v. 15. 17. vom königl. Zehend vorkommt. Allein da der Prophet Samuel am jetzt allegirten Ort dem nach königlichen Regiment schreienden israelitischen Volk nicht das Recht und die Befugniß, sondern nur das harte und gewaltsame Verfahren des künftigen Königs gewährungsweis vorpredigt, so fällt das vermeinte jus publicum samueliticum sammt diesen und mehrern andern dergleichen hierauf gebauten machiavellischen Lehrsätzen über den Haufen, und wird weder von protestantischen noch katholischen Rechtslehrern für ächt angesehen.

§. 231. (M. §. 165. not. 2.)

Der Zehendpflichtige ist nicht verbunden, den Zehend auf seine Kosten dem Zehendherrn in das Haus zu liefern.

Es sind zwar einige der Meinung, daß der Zehendpflichtige dazu verbunden sei, weil

1) in c. 65. c. XVI. 9. 1. bestimmt ist; ecce annus completus est, et nihil in meos thesauros, sed in vestra horrea comportastis. Hortor vos atque commoneo, ut inferatis decimas in horrea etc.

2) der Zehendpflichtige als Debitor anzusehen, auch

3) der Emphyteuta schuldig ist, den Kanon auf eigene Kosten dem Emphyteutaherrn zu überliefern. (s. Werndle Zehendrecht B. 2. K. 4.)

Allein nach der richtigern Meinung, welche Syring, (a. a. O. K. 8. §. 6.) Barthel, (de decimis sect. 3. ass. 3.) Riegger, (Inst. jur. eccl. P. 3. §. 499.) Pufendorff, (animadvers. n. 75.) Schnaubert, (Erl. d. KR. a. a. O. S. 237.) Wiese, (Handbuch des KR. 3. S. 783.) Unterholzner, (Verjährungslehre B. 2. §. 236. n. 677.) vertheidigen, ist er dazu verbunden. Denn

1) ist der angeführte Kanon kein Beweismittel, indem Hieronymus einen Bibeltext anführt, um den Zehend zu empfehlen;

2) gleich nach der Separation geht das Eigenthum der Früchte auf den Zehendherrn über, obgleich keine Tradition geschehen;

3) nicht immer ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger die Sache auf eigene Kosten zu restituiren;

4) das, was von der Verbindlichkeit des Emphyteuta gesagt wird, ist nicht auf den Zehendpflichtigen anzuwenden.

5) würde eine solche Befugniß über die reine Natur des Inhalts hinausgehen, indem dann ein Frohnrecht mit dem Zehendrecht verbunden ist.

§. 232. (M. §. 165. not 7.)

Der Zehend haftet unmittelbar auf den Früchten, mittelbar auf dem Boden.

Einige behaupten, daß der Zehend auf den Früchten hafte: Spring, (a. a. O. 4. §. 11.) J. H. Böhmer, (Jus eccl. Prot. Lib. 3. tit. 30.) G. L. Böhmer, (Principia juris canonici §. 650. 653.) und zwar darum: weil 1) der Zehend ein bestimmter Theil der Früchte ist; 2) in c. 24. X. de decimis es heiße: de fructibus, quos percipiunt, decimae sunt solvendae; dann in c. 28. eod. fructus autem ipsos alienare posse non credimus, nisi cum onere decimarum; in c. 32 und 34. eod. tales possessiones, — comittantur aliis excolendae, a quibus ecclesiis decimae solvantur. Daher auch der Pachter und nicht der Eigenthümer des Guts den Zehend zu bezahlen habe, es sei denn, daß auch dieser einen Theil der Früchte ziehe, wohin die im cap. 24. erwähnte locatio ad firmam gehört, wobei so wie bei einer locatione partitiaria das locarium in Früchten besteht.

Dagegen behaupten Andere, es sei eine dingliche Last (Blum, Zehendrecht C. 5 §. 6.) und zwar darum, weil nach dem c. 26. X. de decimis das Recht der Geistlichkeit, Zehend zu fordern, auf das allgemeine Eigenthum, welches Gott an allen Gütern zusteht, gegründet ist, das cap. 34. eod. verordnet, decernimus, ut de alienis terris et a modo acquirendis.. decimas persolvant ecclesiis, auch es in caput. X. de parochiis heiße: ratione praediorum decimae persolvuntur.

Andere halten es für eine Reallast, welche nach dem canonischen Recht auf den Früchten und Grund und Boden zugleich hafte, als Eichhorn, (Einl. §. 254. n. IV.) Noch Andere aber nehmen an, daß es unmittelbar (mediate et proxime) auf den Früchten hafte, indem diese das Object des Zehendrechts sind, mittelbar aber (mediate et remote) auf dem zehendbaren Grundstück. Diese Meinung vereinigt die verschiedenen Texte des canonischen Rechts, überdieß ist sie in der

Natur des Zehendrechts und in der Analogie der Gesetze von der Zehendpflichtigkeit gegründet. Schnaubert, (Erläutr. des Lehnrechts S. 228.) Weise, (Handbuch des KR. Th. 2. S 184.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 233. (M. §. 165. not. 8.)

Der Zehendherr kann den Naturalzehend auch dann, wenn lange Zeit ein Surrogat bezahlt worden, wieder fordern.

Einige sind der Meinung, daß wenn das Surrogat schon die erforderliche Verjährungszeit hindurch prästirt und von dem Zehendherrn, ohne Vorbehaltung seiner Befugniß auf den Naturalzehend angenommen worden ist, demselben die Befugniß nicht zustehe. Der Grund ist, weil alsdann der Zehendpflichtigte den Naturalzehend gegen die Prästation des Surrogats verjährt habe, oder doch, wenn das Surrogat oder der Pacht 30 und mehrere Jahre prästirt worden, für eine Colonia perpetua zu präsumiren sey: s. Pufendorff, (Obs. II. 137. III. 132.) Böhmer, (Inst. i. can. L. 3. tit. 30. §. 9. u. Elect. i. civil. T. III. §. 29.)

Andere dagegen behaupten, daß dem Zehendherrn die Befugniß zustehe. Es wird vorausgesetzt, daß anfänglich der Zehendpflichtige zum Naturalzehend verbindlich gewesen, oder doch dieß vermuthet werden kann; denn alsdann ist der Vertrag, mittelst dessen der Zehendherr den Zehendpflichtigen den Naturalzehend gegen die Prästation des Surrogats überlassen hat, kein anderer als Pachtvertrag: alle wesentlichen Stücke dieses Vertrags treten hier ein, indem der Zehendherr sich das Surrogat als Locarium stipulirt, und dafür die Zehendfrüchte in Natur dem Zehendpflichtigen zu seinem Gebrauche überlassen hat. Da ferner vorausgesetzt wird, daß dieser Vertrag nicht auf eine gewisse Zeit eingegangen worden, so ist der Zehendherr auch berechtigt, von Zeit zu Zeit den Naturalzehend wieder zu fordern. Die Verjährung kann nicht eintreten, indem der Pachtkontract keinen Titel zur Verjährung enthält: wenn daher auch 30 oder 40 Jahr gleichförmig der Zins entrichtet ist, so läßt

sich auf keine Erbleiche schließen. Einige von diesen Rechtslehrern, welche dieser Meinung zugethan sind, lassen nicht einmal eine unverdenkliche Verjährung zu, als Reinhart, (Gedanken, ob ein Sollzehend dergestalt widerruflich sei, daß man den Zehend wieder in Garben auf dem Felde nehmen könne? in seinen kleinen Ausführungen Th. 1. S. 374.) v. Cramer, (ob Zehendpflichtige dadurch, daß sie statt des Zehenden in Natur eine jährige Abgift in Früchten oder Geld über Menschen Gedenken liefern, ein jus emphyteuseos oder coloniae perpetuae an Zehenden erlangen? in wetzl. Nebenstunden P. 5. p. 160.) v. Selchow, (elem. jur. privati §. 249. 360.) Andere dagegen lassen die unverdenkliche Verjährung zu: Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. n. 64.) Sames, (rechtl. Bedenken über das Zehendrecht und der dabei stattfindenden Verjährung. 2e Aufl. Gies. 1782.) Grosmansdorff, (Diss. de decimis per longissimum tempus in aestimatione praestitis; in Schmidt Thes. jur. eccl. T. VII. n. 15.) Runde, (deutsches Privatrecht §. 511.) Schnaubert, (Erl. d Lehnrecht S. 191.) Unterholzner, (Verjährungslehre B. 2. S. 240.) Diese letztere Meinung ist wohl darum die richtigere, weil die unverdenkliche Verjährung statt eines Titels dient, und hier im Zweifel angenommen wird, daß ehedem der Naturalzehend in das Surrogat verwandelt worden sei; wäre dieß erwiesen, so würde der Zehendherr den Naturalzehend nicht mehr wieder Willen des Zehendpflichtigen in Anspruch zu nehmen befugt sein, sonach kann er dieß auch nicht, da wegen der unverdenklichen Verjährung die gedachte Verwandlung vermuthet wird.

Daß eine Verjährung von 30 Jahren nicht genüge, ist darum anzunehmen, weil die Befugniß, den Naturalzehend einzufordern, nicht durch den bloßen Nichtgebrauch, sondern durch die qualificirte Verjährung verloren geht. Schnaubert, (a. a. O. S. 190. n. 4.) Thibaut, (über Besitz und Verjährung S. 157 b) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 261.) Das Gegentheil nehmen an: J. H. Böhmer, (Diss. de praescriptione decimarum §. 37.) Kind, (Quaestiones for. T. 1. p. 70.)

Gottschalk, (Discept for. T. 2. c. 29.) Haubold, (Sächs. Privatrecht §. 470.) Eichhorn, (Einl. §. 167.)

§. 234. [a]) (M. §. 167. n. III.)

Der Zehendpflichtige kann zur Kultur des Landes angehalten werden.

Wenn Jemandem ein Recht eingeräumt worden, es aber von dem Verpflichteten abhängt, ob er das Recht ausüben lassen will, so ist eigentlich gar kein Recht vorhanden. Wenn es daher von der Willkühr des Zehendpflichtigen abhängt: ob er den Acker bauen will, so kann der Zehendherr öfters gar keinen Gebrauch von seinem Recht machen; hierzu aber kommt noch, daß das Zehendrecht unmittelbar auf dem Boden haftet (§. 232.) und sonach vermöge dieses Realrechts der Zehendherr den Zehendpflichtigen entweder zur Kultur anhalten, oder fordern kann, daß ihm das Land zur Kultur überlassen werde. Hiermit stimmen überein: von Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. T. II. Cap. X. §. 9.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 3. Bed. 78.) Pufendorff, (Obs. T. II ob. 157. T. III. obs. 202.) Wiese, (Handbuch des PR. B. 2. S. 789.) s. a. Pr. LR. Th. 2. tit. XI. §. 884.

Das Gegentheil vertheidigen: Espen, (jus eccl. P. II. tit. 33. c. 9. n. 19. 20.) Werndle, (vom Zehendrecht L. 3. c. 6.) Spring, (de decimis c. 6. §. 11.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 234. [b]) (M. §. 166. not. 1.)

Wenn neue Früchte auf dem zehendpflichtigen Acker gebaut werden, so kann der Zehendherr dennoch darauf Ansprüche machen, wenn auch diese Früchte nicht zum Getraide zu zählen sind.

1) Nach der Parömie: wo der Pflug hingehet, da geht auch der Zehend hin, (Eisenhardt, Gr. des deutschen Rechts in Sprüchwörtern S. 659.) ist ein jedes in der Zehendmarkung liegende Grundstück dem Zehend unterworfen.

2) Unter dem Prädialzehend ist alles begriffen, was die Erde aus den zehendbaren Gütern an Früchten hervor-

treibt und darauf eingesammelt wird, auf welche der Zehendherr, vermöge seines dinglichen Rechts, Ansprüche zu machen berechtigt ist.

3) Dem Zehendpflichtigen steht zwar, vermöge seines Privateigenthums die Befugniß zu, seinen Acker nach seinem Vortheil zu benutzen; der Zehendherr dagegen ist, vermöge seines Zehendrechts befugt, von dem, was der Zehendpflichtige durch den veränderten Feldbau gewinnt, den Zehend zu verlangen, ohne daß der Unterschied der Sachen weder das Zehendrecht auf Seiten des Zehendherrn, noch die Zehendpflicht auf Seiten des Zehendpflichtigen abzuändern oder aufzuheben vermag, indem sonst der Zehendherr mit Recht fordern könnte, daß der Zehendpflichtige, welcher den bisher zum Getreidebau gewidmeten Acker benutzt und davon den Zehend entrichtet, nunmehro aber denselben zu Wurzelgewächsen anwendet, und deßhalb keinen Zehenden entrichten wollte, den Acker hierzu liegen lassen, und selbigen nach wie vor zum Getreidebau bearbeiten.

4) Niemand kann eines andern Gerechtigkeit durch eine willkührliche Abänderung schmälern, sonach kann auch die Verwandlung der Früchte dem Zehendherrn nicht zum Nachtheil gereichen.

5) Wenn gleich im Anfang der Erbauung der neuen Frucht der Zehend darum nicht genommen wurde, weil der Bau noch unbeträchtlich war, so hat sich dadurch der Zehendherr seines Rechts noch nicht begeben, und konnte es nachher, da der Bau beträchtlicher wurde, zur Ausübung bringen.

Hiermit stimmen überein: Spring, (vom Zehendrecht S. 111. und 112.) Böhmer, (Princ. jur. canonici §. 654.) v. Kannegieser, (Decis. trib. cass. decis. 189. n. 4.) v. Selchow, (Rechtsfälle B. 1. n. 133.) v. Cramer, (wetzl. Nebenstunden Th. 13. Abh. 3. §. 27.) Schnaubert, (Erl. des LR. S. 234.) Hagemann, (Landwirthschaftsrechts §. 264. S. 501.) So gar muß von demjenigen Getreide, welches die Zehendpflichtigen ohne vorhergegangene Beackerung in die fruchtbare Asche der von ihnen zu dem Ende abgebrannten Moor=

plätze säen, — Brandrocken, — der Zehend entrichtet werden. Pufendorff, (T. IV. Obs. 132.)

Der entgegengesetzten Meinung ist: v. Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 2. K. 10. §. XI.) Hofmann, (Diss. solani tuberos escul. jur. quod. Tub. 1774.) Mittermaier, (a. a. O. §. 166.) Die Gründe sind, weil sowohl Privilegien als Verjährung streng zu erklären, und sonach das Zehendrecht von einer Frucht nicht auf die andere erstreckt werden kann: nur in dem Falle ausgenommen, wenn die Universalzehendpflicht auf der Flur ruht, oder die neue Frucht an die Stelle einer andern bisher zehendpflichtigen tritt.

§. 235. (M. §. 168.)

Auf den Neubruchzehend kann der decimator universalis nur, sonst der, welcher einen speciellen Rechtstittel hat, Ansprüche machen.

Unter Neubruch ist ein Grundstück zu verstehen, welches seit Menschengedenken kein Gegenstand ordentlicher landwirthschaftlicher Bearbeitung gewesen, sonach wesentlich unterschieden von Ausbrüchen, d. s. Gründe, welche längere Zeit unbenutzt gelegen. (Runde, Beitr. zum deutschen Recht Th. 1. n. 14.)

Einige sind der Meinung, daß der Novalzehend dem Landesherrn zustehe: aus dem Grunde, weil er ein Recht auf alle wüste Plätze im Staate habe, auch wird sich noch auf den Westphälischen Frieden Art. V. §. 47. berufen. Dieser Meinung sind: Reinking, (L. 3. de reg. sac. et eccl. cl. 1. c. 8. n. II.) Mylerus, (de statibus imp. L. 2. c. 70.) Harprecht, (Vol. 1. cons. tubing. cons. 14. n. 78.) Pfeffinger, (in viatr. illust. Lib. 3. tit. 18. §. 75.) Hertius, (de superioritate §. 50.) v. Berger, (Diss. de origine et ratione decimarum in Germania Goett. 1749. §. 31. 32.) Fabri, (Staatscanzley Th. 59. S. 296.) Denecke, (Dorf- und Bauernrecht Resol. 2. S. 309.) Stryck, (ad Brunnemanni jus eccl. L. II. c. 6. ad §. 9.) Brauer, (Abh.

zur Erläuterung des westphälischen Friedens Th. 2. Abh. 9. S. 440.) Allein diese Meinung ist ganz ungegründet, denn

1) in der bekannten Verordnung Friedrichs I. wo sich ein ganzes Tableau von Regalen befindet, wird dieses nicht erwähnt.

2) Es ist unrichtig, wenn behauptet wird, daß alle öde Plätze dem Landesherrn gehören, denn sie können bald zu einem adligen oder Gemeindegut gehören. (§. 198.)

3) Aus der forsteiligen Obrigkeit oder Jagdgerechtigkeit, wenn sie zu den Regalen gehört, läßt sich auch dieses Recht, so wenig als aus dem Steuerregal ableiten, weil diese Rechte in Ansehung des Grundes und des Gegenstandes von dem Recht auf Novalzehend sehr verschieden sind.

4) In der angeführten Stelle des west. Friedens ist diese Meinung nicht gegründet, denn es heißt hier: inter caeteros status imperii et subditos id iuris esto, quod jus comune, vel cuiusque loci consuetudo et observantia de decimis ex novalibus constituunt, aut per pactiones voluntarias conventum est. Wenn man mit Brauer unter dem jus comune, das Landstaatsrecht versteht, so könnte man leicht veranlaßt werden, anzunehmen, daß der Novalzehned zu den Regalen gehöre, allein Samhaber, (de normis pace westphalica praescriptis iuxta quas controversia de jure decimarum novalium maxime Catholicos inter ac Protestantes decidenda est. Wisceb. 1788.) hat hinlänglich erwiesen, daß darunter blos das canonische Recht zu verstehen sei. — Daher nehmen mit Recht das Gegentheil an: Barthel, (de decimis Sect. 6. §. 1.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. Cap. 10. §. 10.) Schnaubert, (a. a. O. S. 193.)

Andere sind der Meinung, daß der Novalzehend den Bischöfen zukomme; vorzüglich hat Dürr, (de parocho a perceptione novalium in germania excl. Mog. 1767. in Schmidt, Thes. jur. can. T. 7. n. 1.) diese Meinung vertheidigt. Seine Gründe sind: 1) die Zehenden sind ursprünglich in Deutschland den Bischöfen und

nicht den Pfarrern angewiesen worden: dieß ist aber wie Schnaubert (Erl. des Lehnrechts S. 207.) und Weber (Handbuch des Lehnrechts B. 2. S. 432.) bemerkt haben, gegen die Geschichte. 2) Die ältern Canonen c. 44. 45. c. 16. 9. 1. gestatten den Zehenden den Taufkirchen; Taufsteine aber sind nur bei den bischöflichen Kirchen anfänglich gewesen, und wenn die Diöces so weitschichtig gewesen, daß ein Taufstein nicht hingereicht, so hatten die Bischöfe auf dem Lande Taufkirchen errichtet, die sie nach ihrem unumschränkten Rechte auf die Zehenden eines großen Distrikts angewiesen hätten. Dagegen bemerken aber Schnaubert (a. a. O. S. 207.) und Weber (a. a. O. S. 434.), daß erst erwiesen werden müsse, daß die Canones zu der Zeit, wo die Bischöfe allein tauften, gegeben worden seyen. 3) Alle Streitigkeiten über Zehend wären im Mittelalter mit den Bischöfen und nicht mit den Pfarrern geführt worden. Dagegen bemerken Schnaubert (S. 211.) und Weber (S. 435.), daß die Bischöfe bei solchen Streitigkeiten als Stellvertreter ihrer Diöces aufgetreten, die Pfarrer wegen der einzelnen Zehendtheile keinen Streit hätten führen können. 4) Die Capitularen der Carolinger, auch die auf den Concilien zu Tours, Mainz und Augsburg gemachten Schlüsse legten den Bischöfen das Zehendrecht bei. Dieß geschah aber, wie Schnaubert (S. 212.) bemerkt, nicht darum, weil sie ein ausschließliches Recht hatten, sondern darum, weil ihnen das Verwaltungsrecht zustand. 5) Aus der Geschichte des Mittelalters ist ersichtlich, daß die Bischöfe über den Zehend verfügten, ihn den Kirchen, Klöstern und andern verliehen haben, um sich Kriegsleute und Diener zu verschaffen. Schnaubert (S. 213.) bemerkt dagegen, daß daraus nicht ersichtlich sei, daß den Bischöfen ausschließlich dieses Recht zugestanden worden. 6) Der Novalzehend habe den Bischöfen gehört, und sie hatten solchen auch andern verliehen. Allein wenn, wie Schnaubert (S. 214.) bemerkt, dieß auch zugegeben wird, so steht doch dieß der im canonischen Recht gegründeten Befugniß der Pfarrer nicht entgegen. 7) Die Kapitel der Decretalen, worin das

Recht der Pfarrer auf den Novalzehend gegründet zu sein scheint, können den Bischöfen nicht nachtheilig sein, und sind auf ganz andere Gründe gestützt. Schnaubert (S. 214.) bemerkt dagegen, daß in den c. 13. 27. 29. 30. X. de decimis, c. 2. de rest. spoliat. in 6to zu deutlich der Grundsatz enthalten sei, daß dem Pfarrer der Rottzehend in seiner Pfarrei zukomme. 8) Die Novalzehenden sind nach einer allgemeinen Observanz in den deutschen Provinzen den Pfarrern entzogen und den Bischöfen zugestanden worden. Diese allgemeine Observanz sei, wie Schnaubert (S. 217.) bemerkt, nicht zu erweisen. 9) Die Praxis bei den Reichs- und andern Gerichten stimme damit überein. Dagegen kann angeführt werden, daß die Entscheidungen anderer Gerichte, so wie die Meinungen vieler Rechtsgelehrten dagegen sind.

Eine dritte Meinung geht dahin, daß dem Pfarrer des Orts ein ausschließliches Recht auf den Rottzehend zustehe, wie die Cap. 13. 27. 29. 30. X. de decimis dieß bestimmen. Schmid, (Com. ad jus bav. tit. 28. Art. 13. n. 3.) Suevius, (de novalibus. Vit. 1745. §. 51.) v. Kreitmaier, (a. a. O.) Unger, (Diss. de jure novalium parocho loci cum exclusivo decimatoris universalis competente. Wirceb. 1759.) Werndle, (von Zehendrecht Bd. 4. Cap. 3. S. 253.) Ludolf, (Observ. 77. p. 71.) van Espen, (de jure parochorum ad decimas et oblationes.) Allein wenn gleich das canonische Recht dem Pfarrer dieses Recht gestattet, so ist dasselbe dennoch bei der Collision der geistlichen und weltlichen Zehenden nicht überall zur Anwendung gekommen In einigen Districten gelang es dem Pfarrer, dieses Recht durchzusetzen, in andern nicht, auch schränkte sich solches blos auf die Besitzungen der Parochianen ein und erstreckte sich nicht auf Kammergüter, auf Güter der Adeligen. s. Weber, (a. a. O. S. 437.) Eben so unrichtig ist es, wenn dieses Recht dem Gutsherrn zugesprochen wird, weil derselbe nicht befugt ist, bei den durch den Fleiß des Meiers vermehrten Einkünften des Meierguts die Meierprästationen zu

erhö-

erhöhen. Struben, (Comment. de jure villic. Cap. 5. §. 23.) Bülow und Hagemann, (Erörtr Bd. 3. n. XXXIII.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 493.) Weber, (Handbuch des Lehnrechts S. 437.) Eben so wenig ist die Meinung anzunehmen, daß dem Gerichtsherrn dieses Recht zusteht. Denn der ursprüngliche Vertrag war nicht der: gieb und Schutz, wir wollen Zehenden, sondern gieb uns Land, wir wollen reichen den Zehend.

Noch andere Rechtslehrer nehmen an, daß jedes urbar gemachte Land vom Zehend frei sey, ausgenommen, wenn 1) Jemand dieses Recht besonders erworben hat: der Eigenthümer des Grundstücks hat solches einem Andern zur Urbarmachung gegen Vorbehalt des Novalzehenden überlassen; 2) wenn der ganze Distriet, worin das urbar gemachte Land liegt, dem Zehendrecht unterworfen ist, wo alsdann, wenn das Zehendrecht a) dem geistlichen Zehendherrn zusteht, dieser, (welches der Regel nach der Pfarrer ist,) einen Anspruch auf den Novalzehend hat; b) wenn es dem weltlichen Zehendherrn zuständig ist, dieser nur alsdann auf den Novalzehend Anspruch machen kann, wenn er solches zu erweisen im Stande ist. Diese Meinung, welche Struben, (Nebenst. Th. 5. S. 226.) Böhmer, (Princ. i. can. §. 657.) Weber, (Diss. de decimis novalibus §. 31 — 42.) Bülow und Hagemann, (Erörtr. Bd. III. n. 33.) Wiese, (Handb. des KR. 2. S. 792.) Eichhorn, (Einl. §. 254. n. 4.) Mittermaier, (a. a. O.) vertheidigen, ist die richtigere. Denn

1) hat das urbargemachte Land nicht zu einer bestimmten Feldmark vorher gehört, so kann kein Zehendherr auf den Novalzehend Ansprüche machen, indem der Neubruch keinen Theil einer zehendbaren Flur ausmacht, daher auch jeder von der allgemeinen Zehendpflichtigkeit herzunehmende Forderungsgrund hinwegfällt. Sollte nun nach den Landesgesetzen ein solches Grundstück dem Staate gehören, so kann auch dasselbe zur Urbarmachung unter der Bedingung der Entrichtung des Zehenden verliehen werden.

2) Gehört die öde Länderei irgend einem Privatmann oder einer Gemeinde, und liegt solche in der zehendfreien

Flur, so ist kein Grund vorhanden, warum ein Rottzehend zu entrichten ist; findet aber das Gegentheil statt, so hat derjenige den Rottzehend zu erheben, welchem ein allgemeines Zehendrecht zusteht, oder der dieses Recht besonders erworben hat; ist dieses nicht, so ist der Besitzer von der Zehendentrichtung frei.

§. 236. (M. §. 169.)

Frohn kommt von Herr.

Frohn heißt Herr, daher auch Frohngewalt, Frohnbote, Frohnleichnam. Die Ableitung von heilig, die Adelung (kritisches Wörterbuch B. 2. S. 312.) angenommen, ist unrichtig. Die daselbst angeführten Beispiele ergeben die Richtigkeit der ersten Ableitung, indem vronen so viel als indominare heißt. Man erklärte nicht das Wort ohne durch absus, sondern wenn ein mansus, absus d. i. vestitus war, fiel er in die Frohngewalt. Scherz (im Gloss. Tom. 1. pag. 434.) führt eine Stelle an, wo es heißt: mansi absi sunt, qui non habent cultores, sed dominus eos habet in sua potestate, qui vulgariter appellantur wroinde, d. i. mansi indominicati. Man verband in der Folge auf eine sehr natürliche Art die Nebenbedeutung heilig, wegen der Unverletzlichkeit des Regenten und Herrschers; wo es aber auf Unterthansverhältnisse ankam, konnte nur die ursprüngliche Bedeutung gelten.

Hiermit stimmen überein: Ertl, (Prax. aurea p. 289.) v. Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. S. 960.) Danz, (Handbuch d. deutschen Privatr. Th. 5. §. 491. not. a.)

§ 237. a) (M. §. 169.)

Aus einem Grunde läßt sich die Frohnpflicht nicht ableiten.

Ueber den Grund der Frohnen sind die Meinungen sehr getheilt.

Einige leiten sie aus dem römischen Recht her: als Cujaz, (ad Tit. Cod. de agricolis et censit.) Diese Meinung ist gegen die Geschichte. Ueberhaupt lassen sich

bei den vielen Eigenheiten des deutschen Dienstwesens die römischen Gesetze nicht so schlechterdings anwenden. (Böhmer, de libertate imperfecta rusticorum §. 18. in Exercit. ad Pand. T. 1. p. 849.)

Andere sind der Meinung, daß ursprünglich alle Arten der Frohnen blos persönlich gewesen, und erst zu der Zeit, wo mit der Leibeigenschaft so wichtige Veränderungen vorgegangen, auf die Grundstücke gelegt, mithin aus bloßen persönlichen Verbindlichkeiten, Realpflichten geworden wären. Dieser Meinung sind: Bergius, (Polizei = und Cameralmagazin Th. 2. S. 167.) Lauhn, (über Frohndienste der Deutschen. Lpz. 1795. §. 16.) Dieser steht aber entgegen, daß öfters Höfe, ungebaute Gegenden, Grund und Boden zu Erbleichen, Zins = Meiergüter an freie Leute gegeben wurden, unter der Verpflichtung zu Geld = und Naturalabgaben, auch zu Diensten verschiedener Art. (s. v. Buri, Abh. von Bauerngütern S. 73. Lang, Entwickelung der deutschen Steuerverfassung S. 66. §. 229 und 268.)

Noch Andere betrachten sie als einen Ausfluß der Gerichtsbarkeit: als Ertl, (Prax. aurea p. 290.) von Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. C. 11. §. 1. S. 960.) Buri, (Abh. v. Bauerngütern S. 721.) Heller von Hellersperg, (über die Verhältnisse zwischen Gerichtsbarkeit und Scharwerk in Baiern. Nürnb. 1798.) Richard, (von den Bauerngütern S. 75. 269.) Wenn gleich nicht zu leugnen ist, daß Frohnen früherhin dem Gerichtsherrn geleistet wurden, daher es auch gekommen, daß in manche Landesgesetze die Bestimmung aufgenommen, daß nur der, welcher die niedere Gerichtsbarkeit besitzt, Frohnen fordern kann (s. Cod. Max. bav. Th. 2. C. 11. §. 4. und Giltscharwerk, die nicht von der Gerichtsbarkeit sondern von der Gutsherrschaft gefordert, von dem eigentlichen Scharwerk §. 16. unterschieden worden,) so ist dieses doch vorzüglich dadurch entstanden, weil mit der Gutsherrschaft gewöhnlich die Patrimonialgerichtsbarkeit verbunden ist, und Gutsherrn, die zugleich Gerichtsherrn

waren, einen Theil ihrer Güter durch Tausch, Kauf, Erbtheilung u. s. w. an Andere mit den darauf haftenden Zinsen und sonstigen Lasten übergaben, sich aber die Gerichtsbarkeit und Dienste vorbehielten, so daß also der Gutsherr blos Zinsen und dergleichen Abgaben empfängt, dem Gerichtsherrn hingegen die Frohnen geleistet werden. Hieraus ergiebt sich, daß der Gerichtsherr, wenn er die Frohnen in Anspruch nimmt, in zweifelhaften Fällen den Beweis führe, daß ihm das Recht zusteht. (s. Runde, Anmerk. zu Buri n. 10. S. 6.) Struben, (de jure villicorum C. 5. §. 14. p. 225.) v. Selchow, (El. j. germ. §. 228.) Runde, (Gr. des deutschen Privatrechts §. 494.) Danz, (Handbuch B. 5. §. 491. S. 204.) s. a. H. A. Lehzen, (Com. de vero et originario fundamento obligationis rusticorum ad operas et censum praestandum. Goett. 1793.) Auch die Meinung, daß sie aus den Hofdiensten, die zum Haupthof geleistet wurden, herzuleiten, welche unter Andern Kindlinger, (Münster. Beit. 2. S. 58. Geschichte der Hörigkeit S. 204.) vertheidigt, ist ungegründet.

Endlich sind noch Andere der Meinung, daß der Grund der Frohnen der Dienstvertrag sei, als Runde, (d. PR. §. 491.) Danz, (Handbuch d. deutsch. PR. Th. 5. §. 491. S. 209.) Die Gründe sind: die Dienstpflicht hat mit der Lehnspflicht gleichen Ursprung und Grund, — Ueberfluß an Ländereien, welche zu bebauen man gern Andern überließ, und Mangel an umlaufendem Gelde, womit die Benutzung hätte pachtweise vergolten werden können; — dann eigenes Bedürfniß solcher Dienste bei der gutsherrlichen Landwirthschaft und die noch sehr geringe Zahl einer für Geld dienenden Menschenklasse. — Alle diese Umstände führten ganz natürlich auf den ursprünglichen Dienstkontract, welcher also auch den einzigen wahren und gerechten Grund der Dienstpflicht enthält. Zwar kann nicht immer ein förmlicher Vertrag nachgewiesen werden, gewöhnlich erzeugte sich das Verhältniß zwischen dem Gutsherrn und seinen Hintersassen allmälig, stillschweigend mit Unterwerfung unter den herrschenden Geist der Zeiten, und nicht selten mag sich

der Bauer gern oder ungern der Uebermacht seines Herrn unterworfen haben. Allein, rechtlich den Gegenstand betrachtet, läßt sich doch schlechthin für die Rechte des Herrn und die Pflichten der Bauern kein anderes gültiges Fundament als ein ausdrücklich oder stillschweigend eingegangener Bilateralkontract do ut des vel facias auffinden, und so viel bleibt gewiß, daß die bäuerliche Dienst- und Zinspflicht nach keiner Hinsicht, als durch Beschränkung einer natürlichen Freiheit wahrer Gutseigenthümer entstanden, betrachtet werden kann.

Wollte man dieser Meinung beistimmen, gegen welche Zachariä, (Geist der deutschen Territorialverfassung Leipz. 1800. S. 238 u. f. f.) viele Zweifel erhoben hat, so würde der angegebene Grund blos auf eine Art der Frohnen, nämlich auf gutsherrliche passen.

Nach der richtigen Meinung ist der Grund der Frohnen nach der Art derselben verschieden. Die Landesfrohnen, Landfolge, Landhude genannt, haben ihren Grund in der Staatsgewalt; (Wekherlin, Darstellung der Gründsätze, nach welchen Frohndienste und insbesondere Landesfrohnen auszutheilen und auszugleichen sind. Stuttg. 1798.) die Gemeindefrohnen in der unter allen Gliedern statt habenden gemeinschaftlichen Verbindung zu einem gemeinschaftlichen Zwecke; die Parochialdienste in der Parochialsocietät: die Herrenfrohnen, was a) die gutsherrlichen betrifft, in dem Dienstvertrage, der ausdrücklich oder stillschweigenden eingegangen; b) die gerichtsherrlichen in der Vogtei, welche allmälig erblich wurde; c) die Jagdfrohnen haben einen besonderen Grund. s. §. 242.

Hiermit stimmen überein: Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 231. §. 234. 240. 247. 250.) Eichhorn, (Einleitung z. deutschen PR. §. 248.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 237. b) (M. §. 171.)

Frohnen sind nicht zu vermuthen, wenn es aber zweifelhaft ist, ob sie dem Gerichts- oder Gutsherrn zukommen, so ist die Vermuthung für den Letztern.

Wenn gleich im Allgemeinen nicht angenommen werden kann, daß Frohndienste zu den odiosis gehören, so enthalten sie doch eine Beschränkung der natürlichen Freiheit und sind daher nicht zu vermuthen. Sind nun aber Frohnen überhaupt zu leisten, und kommt es darauf an, ob sie der Gerichts- oder der Gutsherr fordern kann, so ist die Frage von Wichtigkeit: ob der Guts- oder der Gerichtsherr solche in Anspruch zu nehmen befugt sey? Daß diese Frage nicht ohne Werth ist, ergiebt sich daraus, daß wenn ein Gutsherr, der zugleich Gerichtsherr war, wegen Verbrechen oder Mißbrauch die Gerichtsbarkeit verliert, er annoch jetzt auf die Frohnleistung Ansprüche machen könne. Ein specieller Rechtsgrund kann nicht nachgewiesen werden; genug, er ist von jeher in dem Besitze dieses Rechts wie die früheren Besitzer dieses Guts gewesen.

Der Natur der Sache und der Geschichte gemäß ist es, daß eher der Guts- als der Gerichtsherr diese Dienste in Anspruch zu nehmen befugt ist; (§. 237. a) der ursprüngliche Dienstvertrag hat nicht geheißen: sey unser Richter, wir wollen dienen; sondern: gieb uns Land, wir wollen dienen. Hiermit stimmen überein: Gabke, (Dorf- und Bauernrecht S. 88.) Runde, (Grundsätze des d. PR. §. 491.) Danz, (Handbuch des deutschen PR. §. 494. S. 216.) — Eichhorn, (Einl. §. 250.) verneint sie und bemerkt, daß die entgegengesetzte Meinung auf ganz falschen historischen Voraussetzungen beruhe. Mittermaier hält die Frage für ganz unrichtig, indem derjenige, welcher die Frohnen fordert, sein Recht hierzu speciell erweisen müsse.

§. 238. (M. §. 171. not. 4.)

Bei Frohnenstreitigkeiten können Amts- und Erbbücher zum Beweise gebraucht werden.

Daß die Erbbücher nicht zum Beweise gebraucht werden können, zum wenigsten keinen vollen Beweis begrün-

den, behaupten: Carpzov, (Resp. 61. n. 7.) Balthasar, (de operis subdit. C. 17.) Möller, (Semestr. L. 4. c. 37.) Wernher, (Observ. voc. Bücher n. II. Erbbücher.) Andere dagegen nehmen das Gegentheil an, als: Köppen, (Decis. 46. not. 19.) Hartmann, (Pistoris observat. 195. n. 15.) Denecken, (Dorf- und Landrecht P. 2. c. 11. §. 103 u. 104.) Gabke, (Dorf- u. Bauernrecht §. 407.) Es ist aber wohl zu unterscheiden, ob diese Bücher von dem Erbherrn selbst geführt werden, oder von dem Richter; in jenem Falle begründen sie für den Herrn keinen Beweis, indem eine Schrift für den, welcher sie selbst abgefaßt, nicht beweisen kann, in dem letztern Falle können sie aber zum Beweise gebraucht werden. Klügel, (Diss. quo processus genere ex libro censuali agendum sit? Vit. 1768.) Kind, (Quaest. for. T. III. 9. 42.)

§. 239. (M. §. 172. not. 9.)

Die Frohnen können 1) nicht von dem Gute, zu welchem sie gehören, getrennt, 2) nicht unter mehrere Erben getheilt werden.

Ad 1) wird zwar von Gabke, (Dorf- u. Bauernrecht §. 356.) Pufendorff, (Obs. jur. univ. T. 1. obs. 121. §. 12.) Eichhorn, (Einl. §. 250. n. IV.) das Gegentheil angenommen und zwar darum, weil die Dienste nicht mehr an gewisse Personen gebunden, sondern mit dem Gute zusammenhangen und kein Grund vorhanden sey, warum eine solche Trennung nicht statt finden könne, wenn nur dadurch die Last für die Unterthanen nicht erhöht, und der, welchem die Dienste abgetreten worden, nicht allzu strenge verfahre. Die richtigere Meinung vertheidigen: Denecken, (Dorf- und Landrecht. P. 2. C. 4. §. 27.) Ludolf, (Observ. III. obs. 245.) v. Cramer, (wetzl. Nebenstunden Th. 34. n. 4.) Mittermaier, (a. a. O.) Nur in dem Falle, wenn der Dienst ohne Rücksicht auf ein bestimmtes berechtigtes Gut zu leisten, ist auch die Abtretung erlaubt.

Ad 2) Der Grund davon ist der, weil die Dienste nicht sowohl der Person des Herrn als dem Landgute anhängig sind. Denecken, (Dorf- und Landrecht P. 2. c. 4. §. 29.) Das Gegentheil nimmt an: Gabke, (a. a. O. §. 358.)

§. 240. (M. §. 172.)

Durch Vergrößerung oder Gutsertragsvermehrung entsteht keine Vermehrung der Frohnen.

Abgesehen davon, welcher Nachtheil für die Landwirthschaft und Kultur entstehen würde, wenn man das Gegentheil annehmen wollte, so ist nach rechtlichen Grundsätzen diese Bestimmung die richtige.

Im Zweifel muß bei der Verbindlichkeit zu Diensten immer auf den ursprünglichen Vertrag Rücksicht genommen werden, auf die Verhältnisse, welche zu der Zeit vorhanden waren, da die Verbindlichkeit entstand. Selbst unter dem Vorwande zu ungemessenen Dienste kann der Frohnpflichtige nicht zu einer höhern Schuldigkeit angehalten werden.

Hiermit stimmen überein: Denecken, (Dorf- und Landrecht. Th 2. Kap. 9. §. 59.) Struben, (de jure villicorum C. 5. §. 23.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 500) und Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 457.) Das Gegentheil nimmt überhaupt an: Gabke, (Dorf- und Bauernrecht §. 387.) und zwar darum, weil die Größe der Herrendienste nach der Größe der Ländereien und Pertinenzen beim Hofe angeschlagen ist, und sonach, wenn die Güter sich vermehren, auch eine Vermehrung der Dienste entstehen müsse, sich auf die L. 2. C. de alluv. L. 4. §. 1. D. de censib. berufend. Die Hinfälligkeit dieses Grundes ist an sich einleuchtend, indem hiernach dem Frohnherrn ein Recht eingeräumt wird, was ihm nicht vermöge des Vertrags zukommen kann. Danz, (Handbuch Th. 5. §. 500.) hat zwar die richtigere Meinung angenommen, will aber doch bei den Personalfrohnen eine Ausnahme machen, und mittelbar eine Vergrößerung der

Frohnen bei der Verbesserung des oeconomischen Zustandes des Frohnpflichtigen gestatten. Allein diese Ausnahme kann nach allgemeinen Grundsätzen nicht angenommen werden.

§. 241. (M. §. 172.)

Durch Vergrößerung des frohnberechtigten Guts kann die Frohnpflicht nicht vermehrt werden.

Das Maaß der Frohnpflicht ist jederzeit nach dem Maaße der Bedürfnisse, wie solche ursprünglich zur Zeit des eingegangenen Dienstcontracts waren, zu bestimmen: wenn daher der Frohnherr seine Güter durch Kauf oder auf andere Art vermehrt, so kann er dennoch nicht mehr Dienste als vorher verlangen. Auch ist hierher der Fall zu zählen, wo die Besitzungen durch Gemeinheitstheilungen einen Zuwachs erhalten, nicht aber der, wo man Ländereien, die zum herrschaftlichen Gute gehören, aber seit vielen Jahren wüste oder in der Brache gelegen haben, wieder in Cultur bringen will; hier sind die Dienstpflichtigen schuldig, die gewöhnlichen Ackerfrohnen mit zu leisten.

Dieser Meinung sind: Pufendorff, (Tom. 1. obs. 121. §. 7. 8.) Westphal, (Privatrecht Th. 1. n. 32.) Runde, (deutsch. PR. §. 500.) Danz, (Handbuch d. deutsch. PR. Th. 1. §. 500. n. 2.) Bülow und Hagemann, (Erörterungen Bd. 4. n. 54.) Kind, (Quaest. for. T. III. c. 33.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 243.) Das Gegentheil nimmt an: Gabke, (Dorf- und Bauernrecht §. 353. 387.)

§. 242. (M. §. 173.)

Der Grund der Jagdfrohnen ist speciell.

Einige behaupten die Regalität der Jagdfrohnen aus dem Grunde, weil sie das Jagdregal annehmen; als: Jargow, (de regalibus L. 2. c. 5. §. 11.) Ickstatt, (Opusc. T. I. p. 574. Hausschild, (Praes. Winkler, sup. territ. fons oper. venat. princ. a subditis debitis. Lpz. 1786. Beurtheilung dieser Schrift in Klüber, Bibliothek St. 9. S. 57. ff.) Da aber letzteres ganz unrichtig ist,

so kann auch jenes nicht angenommen werden: s. Reichardt, (de oper. venat. Jen. 1770.) Selchow, (elem. i. ger. §. 227.) Seuffert, (oper. venat. a territor. quat. refer. Wirc. 1790.) Kind, (Quaest. for. T. II. C. 31.) Andere sehen sie als zur Landfolge gehörige Dienste an, und behaupten, daß die Jagdfrohnen als gutsherrliche Frohnen aus der Vogtei herrühren, welche nicht immer eine ursprüngliche gutsherrliche war. Eichhorn, (Einl. z. deutsch. PR. §. 248. not. h.) Gegen diese Ansicht erklären sich Landesgesetze; s. Kreitmeier, (Anmerk. zum Cod. Max. T. II. C. XI. §. 3. n. 3.) Seuffert, (a. a. O. p. 40.) auch schweigen die alten Frohnbücher ganz von diesen Frohnen. Ueberdieß ist Jagdfolge von den Jagdfrohnen wesentlich unterschieden. Noch Andere wollen sie aus dem Jagdrecht herleiten, als Leyser, (jus georgicum L. 3. c. 12. n. 81.) Allein dagegen streitet, daß mehrere Jagdherrn dieses Recht nicht haben, und daß Jagdherrn, denen sie aus einem besondern Rechtstitel zustehen, solche auch dann fordern können, wenn sie gleich nicht Landes- oder Patrimonial-Gerichtsherrn sind. Claproth, (Rechtsfälle B. 1. S. 233.) Nach manchen Landesgesetzen werden sie als ein Ausfluß der niedern Gerichtsbarkeit angesehen: s. bayerische Gejaid-Ordnung C. 7. wo es heißt: Stand sollen ihre eigene Gerichtsunterthanen mit der Scharwerk zu jagen also bescheidentlich gebrauchen, daß sie der Uebermaaß halb nicht zu klagen haben sollen.

Nach der von mehrern Rechtsgelehrten angenommenen Meinung: Moser, (von der Landeshoheit über Erd und Wasser S. 191.) Riccius, (von der Jagdgerechtigkeit S. 97.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR § 497) Danz, (Handbuch d. deutsch PR. Th. 5. §. 497.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 240.) können Landes- und Patrimonial-Gerichtsherrn die Jagdfrohnen nur alsdann fordern, wenn sie deren rechtmäßigen Erwerb vermöge Vertrags oder Herkommen darzuthun im Stande sind; sind sie einmal üblich, so gehören sie allezeit in die Klasse der außerordentlichen gutsherrlichen Frohnen, weßhalb auch die ordinaire, ungemessene Dienstpflicht die Untertha-

nen zu diesen besondern Diensten nicht verbindet: eben so muß das Recht auf Hundefüttern und Jagdlager, welche Last außer den Bauern, auch manchmal Klöstern, sogar adligen Vasallen oblag, speciell erworben worden sein. Pietsch, (Forst- und Jagdrecht §. 116) Münter, (Weiderecht §. 270.) v. Kampz, (Rechtssprüche B. 1. S. 156.) Ganz unrichtig ist es, wenn unter andern Beck, (de jure for. C. 17. §. 1.) behauptet, daß der Jagdfrohnpflichtige verbunden seyn soll, das Jagdzeug beizuschaffen, weil wie von Kreitmaier (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. Kap. 11. §. 12.) bemerkt, dieses nicht ein Meuble ist, dessen sich der Unterthan auch zu eigenem Gebrauche zu bedienen pflegt.

§. 243. (M. §. 175.)

Es ist die Vermuthung für gemessene Frohnen.

Mehrere Rechtslehrer sind der entgegengesetzten Meinung, welche durch die irrige Behauptung von der Unfreiheit der Bauern entstanden ist. Estor, (Com. de praesumtione contra rusticos in caussis operarum harumque redemtione licita Marb. 1765.) Reineccius, (de rustico quondam servo Jen. 1749.) Struben, (de jure villicorum C. V. §. 1.) Leyser, (med. sp. 416. not. 1.) Westphal, (deutsches PR. Th. 1. Abth. 32. S. 337.) Danz, (Handbuch C. V. §. 499. S. 224.) s. a. C. Max. Th. II. Cap. XI. §. 7.

Die entgegengesetzte Meinung, welche vertheidigen: Hauschild, (von den Frohndiensten S. 69.) v. Selchow, (elem. jur. privati §. 229. der einen Gegner an Fischer, im Polizeirecht B. 1. §. 1280. S. 828. fand, den er aber in der note 5) einen impudentissimum homunculum nennt, welches er in der That auch war.) Brunnemann, (adsertio de rusticorum libertate et operis Reinec. Han. 1750.) Runde, (deutsches PR. §. 499.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 446.) Schott, (Inst. j. sax. c. 2. m. 3. §. 15. p. 94.) Kind, (Quaestiones for. T. II. c. VII.) Mittermaier, (a. a. O.) geht dahin, daß zuerst auf Verträge, Besitz und Observanz

Rücksicht zu nehmen sey, und daß, wenn diese keine Bestimmung enthalten, eher die Vermuthung für gemessene Dienste sey, indem früherhin die Bauern nicht überall ungemessene Dienste geleistet, nicht einmal die Leibeigenen, auch aus politischen und öconomischen Gründen eher gemessene Dienste anzunehmen sind. Noch Andere behaupten, daß weder für gemessene noch ungemessene vermuthet werden könne. Eichhorn, (Einl. z. deutsch. PR. §. 251. n IV. (fügt in der Note i hinzu, daß der mit unnützer Weitläufigkeit geführte Streit über die Vermuthung für ungemessene Dienste, (s. Literatur bei Gesenius Meierrecht Th. 1. S. 80.) lediglich eine Folge der Unbekanntschaft mit den bäuerlichen Verhältnissen des Mittelalters und der Bedeutung der Leibeigenschaft sey. Die mittlere Meinung ist wohl darum die richtigere, weil sie zum Vortheil des Frohnpflichtigen gereicht, der viel eher als der Frohnherr Begünstigung verdient. Neuere Gesetze dringen auf Festsetzung der ungemessenen Dienste. Pr. LR. Th. 2. tit. 7. §. 314., Pr. Edict v. 25sten Sept. 1820. §. 4 bis 43. Bay. Verf. Urk. tit. 4. §. 7. und Beil. 6. §. 8. Bay. Edict v. 8ten Febr. 1825. (Regierungsb. n. 7.) Weimarisches Gesetz vom 11ten Mai 1821. Badisches Gesetz v. 5ten Oct. 1820 und 30sten Aug. 1821.

§. 243. (M. §. 176.)

Die Reallasten können durch Verjährung erworben werden; die Analogie von Verjährung der Servituten ist im Allgemeinen anwendbar.

Reallasten sind nach dem deutschen Recht zu beurtheilen. Die Lehre von Verjährung der Servituten ist unanwendbar, da die Verjährung ein singulares Rechtsinstitut ist, welches durch eine logische Ausdehnung nicht erweitert und sonach nicht analogisch angewandt werden kann. (Thibaut, über Besitz und Verjährung S. 114.) Eine Ausnahme findet dann statt, wenn die Landesgesetze solches bestimmen. In welcher Zeit aber Reallasten überhaupt durch

Verjährung erworben werden können, ist eine bestrittene Frage.

Einige sind der Meinung, daß die gewöhnliche Verjährungszeit hier eintrete, und der Ablauf von zehn oder zwanzig Jahren genüge; nur werde vorausgesetzt, daß die Ausübung nicht clam, vi, aut precario geschehen sey. Böhmer, (Jus. eccl. Prot. Lib. 3. tit. 39. §. 112.) von Kreitmaier, (Anmerk. z. Cod. Max. Th. 2. S. 973) Rave, (de praescriptione §. 78. p. 123.) Runde, (Gr. d. deutsch. PR. §. 502.) Danz, (Handbuch des deutsch. PR. §. 502.) Andere dagegen unterscheiden: ob ein Titel zur Verjährung vorhanden, oder ob dieß nicht ist; in jenem Falle sey die Verjährung von 10 und 20 Jahr hinreichend, hier werde die Verjährung von 30 Jahr erfordert. Balthasar, (de operis subditorum c. 9.) Denecken, (Dorf- und Landrecht P. 2. c. 8. §. 55.) Gabke, (Dorf- und Bauernrecht §. 380.) A. Kästner, (Progr. de operis rusticorum earumque per praescriptionem adquisitione Lpz. 1735.) Unterholzner, (Lehre von Verjährung B. 2. §. 230.) Dagegen sind noch Andere der Meinung, daß 30 Jahre überhaupt erfordert werden. Seger, (Diss. de obligatione rusticorum ad operas per praescriptionem adquirenda vel tollenda Lpz. 1769.) Thibaut, (a. a. O. §. 37.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 234.) Mittermaier, (a. a. O.) nimmt eine unverdenkliche Verjährung an. Eichhorn, (Einl. §. 168. früher auch schon Vinnius quaest. select.) hat wohl die gegründetste Meinung. Es ist nämlich zu unterscheiden: ob die Reallasten mit keinem Proprietätsrecht verbunden sind, oder ob dieses der Fall ist. Im ersten Fall wird eine unverdenkliche Verjährung erfordert, weil sie die Kraft der Gewohnheit hat, und selbst gegen das jus commune wirkt. (cap. 26 X. de V. 5. c. 1. de praes. in 6to. Wernher, sel. obs. P. 1. ob. 165. n. 1.) Nur in den Fällen, wo das Recht durch Vertrag erworben werden kann, folgt auch aus der Analogie der Servituten die Möglichkeit seiner Entstehung durch eine praescriptio definita, welche aber auch hier eine dreißigjährige seyn muß. Im letzteren

Fall ist aber zu unterscheiden, ob das Recht von der Sache selbst unbestritten und nur die Verbindung der Leistung mit jenem Objecte der Verjährung ist, oder beides durch jenes erworben sein soll. In jenem Falle (unter der Voraussetzung, daß keine Leihbriefe üblich sind) kann durch die unverdenkliche Verjährung sowohl, als auch schon durch jeden Besitzstand, der eine Observanz begründet, das Recht erworben werden. Im letztern Fall kommt es wieder darauf an, ob von Erwerbung des Eigenthums oder des dominii directi von Seiten des Berechtigten die Frage ist; so ist die 10 und 20 jährige Verjährung, wenn ein Titel vorhanden, hinreichend, ist keiner vorhanden, die 30 jährige; ist dagegen von andern Rechten die Rede, so ist die praescriptio definita von der besondern Beschaffenheit des Instituts abhängig, und nur so viel außer Zweifel, daß der unverdenkliche Besitz des Rechts, einen Zins aus einer Sache zu erheben, als ein Recht auf einen unablöslichen Zins geschützt werden müsse, so lange nicht ein Rentenkauf dargethan werden kann. Denn der unverdenkliche Besitz hat die Vermuthung eines rechtmäßigen Erwerbungsgrundes zur Folge, und sonach muß der bestimmte Erwerbungsgrund des Rentenkaufs von dem Besitzer dargethan werden. (Eichhorn, a. a. O. §. 164. n. 2.) Wendet man nun diese allgemeinen Grundsätze an:

1) bei Verjährung der Frohnen, so ergiebt sich, daß bei den Landes- und gerichtsherrlichen Frohnen die praescriptio definita hinreiche, andere Arten derselben aber nur durch unverdenkliche Verjährung erworben werden können, (Unterholzner, Verjährungslehre B. 2. §. 254.) obgleich die Praxis mit Uebereinstimmung mehrerer Rechtslehrer (Hagemann, Landwirthschaftsrecht §. 235.) das Gegentheil annimmt, weil sie alle Arten der Dienste bei Bauerngütern als eine gemeinrechtlich vorkommende Reallast zu behandeln pflegt. (Eichhorn, Einleitung §. 250.)

2) Bei Verjährung des Zinsrechts ist wieder zu unterscheiden. Nimmt solches der Landes- Grund- oder Gerichtsherr in Anspruch, so reicht die 30 jährige Verjährung hin, bei andern Personen wird nach den allgemeinen

Grundsätzen die unverdenkliche Verjährung erfordert; (Mittermaier a. a. O.) allein nach den Landesgesetzen und der Praxis wird erstere für hinreichend geachtet. (Eichhorn Einl. §. 253.)

§. 244. (M. §. 176.)

Zur Verjährung des Zehendrechts wird, wenn es ein weltliches ist, die gewöhnliche, ist es ein geistliches, die vierzigjährige erfordert.

Daß die weltlichen Zehenden in zehn oder zwanzig Jahren, unter Voraussetzung, daß der justus titulus vorhanden, der Besitz nec vi, nec clam, nec precario erworben und nach canonischem Rechte der Besitzer in bona fide gewesen; und ist kein Titel vorhanden, der Ablauf von dreißig Jahren vorhanden, erworben werden, ist wohl keinem Streite unterworfen. (Unterholzner, Lehre von der Verjährung B. 2. S. 208.) Ueber die Frage aber: was zur Verjährung des geistlichen Zehenden erforderlich sey? giebt es verschiedene Meinungen.

*) Die Lehre über Verjährung der Dienstbarkeiten ist bestritten. Dabelow, (Ueber Verjährung Th. 1. §. 2.) Unterholzner, (Verjährungslehre §. 5. 45. 42.) Stever, (de servit. praed. P. 1. c. 7. Rost. 1817.) v. Lohr, (Mag. f. Rw. B. 3. Heft. 1. n. 5.) Zimmern, (in den römisch=recht. Untersuchungen f. Wissenschaft u. Ausübung von Neustettel und Zimmern B. 5. Heidelb. 1821.) v. Seckendorf, (Bemerk. zu der Lehre der verjährenden Verjährung der Dienstbarkeiten; im Archiv der civ. Praxis B. 4. n. 10.)

Das canonische Recht verbietet die Veräußerung kirchlicher Zehenden an die Laien und mißbilligt in diesem Sinne auch jede Verjährung. (C. XVI. 9. 7. C. 1. C. 7. X. de praes.) Denn ist der Laie zum Besitz geistlicher Rechte überhaupt unfähig, so kann er auch nicht der Verjährung fähig seyn. Doch soll durch unverdenkliche Verjährung das Recht erworben werden können, obgleich einige auch hier noch famam privilegii vel investiturae erfordern, so wird dieses doch von andern verworfen, weil die unverdenkliche Verjährung instar privilegii und concessionis ist. Syring, (de jur. decimandi C. 10. §. 3.) v. Kreitmaier, (Anmerk. zum Cod. Max. Th. 2. C. 10. §. 7.) J. H. Böhmer, (de praescript. circa decimas eccl. et

saecular. Halae 1739. §. 24. S. 34.) Allein mit Recht wird dagegen bemerkt, daß das lateranensische Concilium III. in Deutschland nicht angenommen, sondern von dem zu Gelnhausen a. 1186. gehaltenen Reichstage verworfen worden, und daher die Ansichten Gregors VII. und Alexanders III. nicht überall Eingang gefunden haben. Daher ist an der Zulässigkeit der Verjährung an sich nicht zu zweifeln: es wird aber eine 40jährige Verjährung erfordert, weil gegen Kirchen solche nur statt hat. Sind nun die kirchlichen Zehenden durch eine solche Verjährung erst ein Mal in Laienzehend verwandelt, so kommt alsdann das gemeine Verjährungsrecht bei ihnen zur Anwendung.

Das canonische Recht ist auch einer Uebertragung der kirchlichen Zehenden an Geistliche ungünstig, in sofern dadurch die Zehenden den Händen derjenigen entzogen werden, denen sie in Folge der im Lande geltenden Einrichtungen (jus commune) zufließen sollten; namentlich also: wenn die zum Pfarrgute gehörigen Zehenden an Klöster gelangen, oder wenn Zehenden außerhalb der Gränzen des eigentlichen Pfarrbezirks erworben werden sollen. Dieses hat einen nicht unwichtigen Einfluß auf die Verjährung, in sofern nämlich derjenige, dem nach allgemeinen Grundsätzen der Zehend gebührt, denselben gegen eine Kirche oder kirchliche Anstalt durch Verjährung erwerben will, zur Begründung einer 40jährigen Verjährung keines besondern Rechtstitels bedarf, sondern es genügt, wenn er bona fide den Zehend erhoben hat. Wenn dagegen die Verjährung einen den allgemeinen Einrichtungen zuwiderlaufenden Zustand begründen soll, bedarf es noch außerdem eines gültigen Rechtstitels: nur die unverdenkliche Verjährung kann hier schützen. (Cap. 1. de praesc. in 6to.) Hiermit stimmen überein: Schnaubert, (Erläuterung des Lehnrechts S. 210.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 1. B. 102.) Sames, (rechtliches Bedenken über das Zehendrecht und der dabei statt habenden Verjährung. Gießen 1782.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 263.) Unterholzner, (Verjährungslehre B. 2. S. 239.) Mittermaier,

(a. a.

(a. a. O.) Daß bei den Protestanten die vierzigjährige Verjährung genüge, hat Böhmer, (im jure eccl. Prot. Lib. III. tit. 30. §. 37.) hinlänglich erwiesen.

§. 245. (M. §. 177.)

Zur Verwandlung der Reallasten in Geld durch Verjährung wird entweder eine qualificirte oder eine unverdenkliche erfordert.

Daß eine willkührliche Abänderung der Reallast in Geld weder von dem Berechtigten noch Verpflichteten geschehen könne, folgt daraus, weil ein Vertrag nicht einseitig aufgehoben oder abgeändert werden kann. Einige Rechtsgelehrte sind zwar der Meinung, daß dem Dienstherrn die Befugniß zustehe, Dienstgeld zu fordern, wenn die Dienste in natura, wegen Entlegenheit des Orts oder wegen veränderter öconomischer Einrichtungen unnütz, entbehrlich oder ganz unbrauchbar geworden wären: Berger, (Oecon. j. L. 1. tit. 2. §. 8. n. 10.) Wernher, (observationes T. 1. P. V. ob. 28.) Grolmann, (de oper. debitar. mutatione. Disp. 2. C. 4. §. 18.) Allein dieß sind bloße Billigkeits- nicht aber Rechtsgründe und daher ist diese Meinung auch von Andern verworfen. Leyser, (Medit. sp. 419. de redempt. operar. rustic. §. 1.) Seger, (de obligat. rustic. ad operas per praescriptionem tollenda Lpz 1769. §. 5.) Kind, (Quaestiones for. T. II. C. 17.) Master, (practische Bemerk. Th. 2. n. 20.) Oberbeck, (Medidat. über verschiedene Rechtsmaterien B. 3. n. 138.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht §. 246.) s. a. Cod. Max. Th. 2. C. XI. §. 8. Ob aber nicht durch Verjährung eine solche Abänderung erfolgen könne, ist bestritten.

Einige sind der Meinung, daß in dem Falle: wenn dreißig Jahre abgelaufen, weder der Berechtigte noch der Verpflichtete die Naturalleistung zu fordern berechtigt sey. Köppen, (Dec. 13) Mevius, (von dem Zustande der Bauern 3te Hauptp. not. 174.) Berlich, (T. 2. concl. 6. n. 3.) Erhard, (de operis rust. concl. 28.) Leyser, (jus georg. Lib. 3. c. 27. not. 76.) vorzüglich

Posse, (Abhandl. des Staats- und Privatrechts. Heft 2. S. 86. u. f. f.). Der Hauptgrund ist der: das Recht, Dienste zu fordern, ist keine res merae facultatis, die Einforderung der Dienste bei den Leichen aller Art entspringt aus dem Vertrage; so wie nun bei andern Vertragsrechten durch die Verjährung von dreißig Jahren die Verbindlichkeit aufgehoben wird, so ist es auch hier. Die Zeit fängt von dem Augenblicke zu laufen an, in welchem eine dem Vertrage entgegenstrebende Handlung (hier die erste Zahlung des Dienstgeldes, statt des aus dem Contracte gebührenden Naturaldienstes) den Verletzten zu klagen berechtigt. Diese Meinung ist auch in der Const. elect. Sax. 4. P. 2. angenommen. (Haubold, Sächsisches PR. §. 471.)

Andere dagegen nehmen an, daß wenn auch seit noch so vielen Jahren die Reallast in Natura nicht geleistet worden, dennoch solche gefordert werden könne, es sey denn durch eine qualificirte Verjährung oder eine unverdenkliche Verjährung aufgehoben. Bilderbeck, (Erörtr. in dem neuvermehrten Dorf- u. Landrecht Th. 1. resol. 8.) Repertorium jur. civil. voc. Bauerndienst §. 46. Struben, (jus villic. c. 5. §. 21.) Wernher, (T. II. P. IX. obs. 64) Pufendorff, (T. 1. obs. 224. T. 2. obs. 71.) Buri, (Erl. des Lehnrechts S. 749.) Struben, (rechtl. Bedenken B. 2. Bed. n. 44.) Rave, (de praescript. 117. Schol. II.) Danz, (Handbuch B. 5. §. 501. S. 228.) Bülow und Hagemann, (Erört. B. 7. n. 43.) Hagemann, (Landwirthschaftsr. §. 246. n. 3.) — Eichhorn, (Einl. §. 167.) ist der Meinung, daß die Leistung eines Aequivalents für die durch die Entstehungsart der Last begründete Prästation einen Vertrag für jeden einzelnen Fall enthalte, und daher, wenn nun jene gewiß ist, das Zurückgehen auf den ursprünglichen Gegenstand nicht ausschließe, so lange nicht eine Weigerung, diesen zu leisten, vorgekommen ist, wodurch nach Beschaffenheit der Umstände, jenen zu fordern, entweder durch dessen Nichtausübung binnen der Verjährungszeit oder durch eine entgegengesetzte Observanz ausgeschlossen werde. Unterholzner, (Verjährungslehre B. 2. S. 240.) ist der Mei-

nung, daß (nämlich bei dem Zehendrechte) die Grundsätze der Verjährung des Zehendrechts bei Entscheidung der Frage der Verwandlung des Zehendrechts in eine Geldrente nicht zu Grunde zu legen sind, indem eine Geldrente kein Recht sey, welches unmittelbar an den Grund und Boden statt finden könne, sondern ein bloßer Anspruch auf eine Leistung; demnach würden die Grundsätze, welche bei den Gutsleistungen gelten, zur Anwendung zu bringen seyn, und diesen gemäß nur die Zulässigkeit einer unverdenklichen Verjährung zu rechtfertigen seyn, in sofern nicht die mehrjährige Leistung einer Geldrente statt der wirklichen Früchte als Beweis einer getroffenen Uebereinkunft gelten kann.

Ohnerachtet Posse (a. a. O.) die zweite Meinung verwirft, weil sie sowohl Mangel an Nachdenken als an richtiger Theorie verrathe, und eine der willkührlichsten in der Rechtswissenschaft sey, so scheint sie doch die gegründetste.

Zuerst ist wohl darauf zu sehen: ob durch einen Vertrag die Abänderung erfolgte, oder nicht; in jenem Falle kommt es wieder darauf an, ob in dem Vertrage alternativ bestimmt ist, die Forderung der Reallast in natura oder in Gelde, so nehmen die Meisten an, daß diese alternative Bestimmung zu Gunsten des Verpflichteten gemacht zu vermuthen sei; als: Buri, (Abhandlungen von Bauerngütern S. 68.) Leyser, (Sp. 419. med. 3.) Danz, (Handbuch B. 5. §. 501.) das Gegentheil in Stengel, (Beiträge zur Justizverf. Th. 4. S. 133.) Ist eine solche alternative Bestimmung nicht darin enthalten, so kann der Gutsherr die Leistung in natura nicht mehr fordern, wenn gleich zu erweisen ist, daß früherhin dieß geschehen ist; nur durch wechselseitige Uebereinstimmung kann wieder eine Abänderung geschehen. Ist aber ein solcher Vertrag nicht vorhanden, so steht dem Berechtigten die Befugniß zu, die Realprästation in natura zu verlangen, wenn auch noch so lange das Surrogat bezahlt ist, weil es von der Willkühr des Berechtigten abhängt, ob er die Dienste fordern will; es kann hier die Verjährung nicht eintreten, indem solche blos in den Fällen angenommen werden kann, in

welchen sie besonders gerechtfertigt ist, und es kein wissenschaftliches Bedürfniß ist, die Fälle zu bestimmen, in welchen eine Verjährung nicht eintreten kann. Es ist daher auch ganz unnöthig, sich hier auf die Frage einzulassen: ob die Forderung zur Dienstleistung eine res merae facultutis, (Unterholzner Verjährungslehre B. 1. §. 25.) und ob nicht auch bei dieser die Verjährung in gewissen Fällen zuläßig sey? Thibaut, (über Besitz und Verjährung S. 84.)

Jene Befugniß des Berechtigten wird aber aufgehoben:

1) wenn eine praescriptio qualificata eintritt, der Berechtigte die Naturalprästation verlangt, der Verpflichtete aber widerspricht, und nun der Ablauf von zehn oder zwanzig Jahren hinzukommt;

2) wenn eine unverdenkliche Verjährung vorhanden ist, indem diese anstatt des Titels dient.

Hiermit stimmt auch das Pr. Landrecht Th. 2. tit. VII. §. 428. 429. 431. überein.

§. 246. (M. §. 178.)

Die Reallasten erlöschen nicht durch den bloßen Nichtgebrauch.

Mehrere Rechtsgelehrte sind der Meinung, daß durch den bloßen dreißigjährigen Nichtgebrauch die Reallast aufgehoben werde: Leyser, (Med. ad P. Sp 420. med. 1.) Homel, (Rhaps. quaest. obs. XXXIII.) Eichmann, (in den Noten zu Rave praes. S. 196. not. i.) Böhmer, (Rechtsfälle B. 2. P. 1. consult. 20. not. 26.) Hymmen, (Beitr. zur jurist. Lit. B. 5. S. 391.) womit auch die Entscheidung der pr. Gesetzcommission vom 20. Dec. 1789. (Kleins Annalen Th. 4. S. 312.) mit der Beschränkung übereinstimmt, wenn nicht auszumitteln ist, daß der Zehendpflichtige durch betrügerische Handlungen, Collusionen mit den Pächtern und dergleichen, die Einholung des Zehenden während des Laufes der Verjährung gehindert habe.

Der Grund, worauf sich diese Meinung vorzüglich stützt, ist der: weil nach Ablauf von 30 Jahren kein Recht mehr ausgeübt werden könne, sonach auch die Freiheit von Dien=

sten dadurch, daß diese binnen so langer Zeit kein einziges Mal gefordert worden, erlangt werde, und die Forderung nicht als ein actus merae facultatis zu betrachten sey.

Mit Recht kann dagegen eingewendet werden, daß die Gesetze verlangen, daß die Rechte in einer bestimmten Zeit ausgeübt werden, folglich auch der, welchem das Frohnrecht zusteht, in einer gewissen Zeit die Dienste von dem Frohnpflichtigen verlange: verlangt er sie aber nicht, weil der Fall eintreten kann, daß er solcher nicht bedarf, so kann die Verjährung darum nicht eintreten, weil er nicht für nachlässig zu achten, die Verjährung aber zur Strafe der Nachlässigkeit eingeführt ist. Mevius, (P. 4. Dec. 131.) Buri, (Erl. des Lehnrechts S. 735.) Wernher, (T. 1. P. 1. obs. 76.) Rave, (de praescript. §. 116.) Kind, (Quaest. for. T. 2. p. 45.) Schmidt, (Rechtsfälle S. 324.)

§. 247. (M. §. 178.)

Durch die Verjährung allein geht das Recht der Reallast nicht verloren.

Die gewöhnliche Meinung geht dahin, daß die Reallast durch eine qualificirte Verjährung verloren gehe, und hierzu der Ablauf von 10 oder 20 Jahren erfordet werde. Schmidt, (a. a. O.) Runde, (Gr. d. d. PR. §. 502.) Danz, (Handbuch d. deut. PR. B. 5. §. 502.) Hagemann, (Landwirthschaftsrecht S. 435.) Andere dagegen nehmen an: daß das Recht durch die Verjährung, wenn sie auch 30 Jahre gedauert habe, nicht erlösche. Lauterbach, (coll. th. pr. Lib. 41. tit. 3. §. 19.) Huber, (praelect. in j. civile P. 2. lib. 6. tit. 3. §. 13.) Berger, (oecon. jur. L. 3. tit. 8. §. 13.) Leyser, (Sp. 253. m. 1. Sp. 453. med. 14.) Schröter, (Abh. B. 1. S. 363.) Eichmann, (in Noten zu Rave §. 116. not. i. p. 196.) Kind, (Quaest. for. T. 2. c. 8.) — Unterholzner (a. a. O. S. 347.) ist der Meinung, daß die Ansicht, nach welcher die Ansprüche mit den Dienstrechten zusammengestellt werden, zu verwerfen, und da die Zins- und Frohn-

rechte als Forderungsrechte zu betrachten sind, nur einer dreißig oder vierzigjährigen Verjährung unterworfen werden können, und daß, wenn das ganze Recht aufgehoben werden soll, es nöthig sei, daß von Seiten des Verpflichteten die Verbindlichkeit in Abrede gestellt werde. Daß durch Ablauf von 30 Jahren die Reallast aufgehoben werde, nehmen auch Lyncker, (Decis. jurid. 4. dec. 303.) Böhmer, (jus eccl. Prot. 1. Tom. 1. Lib. 2. tit. 26. §. 5.) ein Ungenannter in Pufendorff obs. jur. univ. T. 1. obs. 116. an.

Mittermaier (a. a. O.) nimmt an: daß wenn nach Landesgesetzen oder der Observanz die Analogie der Servituten auf Reallasten anzuwenden, oder Verjährung überhaupt dabei als zulässig erklärt ist, der bloße nonusus nicht hinreiche, sondern die usucapio libertatis nachgewiesen werde: und daß insbesondere, da die Frohne nur auf Ansage geleistet werde, es begreiflich sey, daß zur Erlöschung des Frohnrechts durch Verjährung noch die Nachweisung gehöre, daß der Berechtigte die Verjährungszeit hindurch öfters in der Lage war, Frohnen zu fordern, und daß er sie doch nicht forderte.

Eichhorn (Einl. §. 167.) ist der Meinung, daß die Verjährung überhaupt bei Reallasten statt finde, die Erfordernisse derselben von der besondern Beschaffenheit der Berechtigung abhangen, die vorzüglich aus der Klage beurtheilt werden müssen, welche aus ihr entspringt. Wenn daher 1) jene ein der Proprietät anhangendes Recht sey, so gehe sie indirekt dadurch verloren, daß der Besitzer das Eigenthum durch die usucapio erlangt. 2) Für alle Reallasten, welche mit der actio confessoria verfolgt werden, könne nur die Analogie der Servituten, welche durch Nichtgebrauch verloren gehen, jedoch nicht in Rücksicht der Zeit, passen; sie erlöschen daher durch bloßen Nichtgebrauch binnen 30 Jahren, welches bei Leistungen, die der Besitzer nur auf Anfordern schuldig ist, am leichtesten einzusehen sey, aber auch bei den übrigen zu behaupten, weil die Grundsätze von dem Erlöschen der Klagen auf einen Inbegriff von Leistungen, auf die actio confessoria nicht an-

wendbar seyen, und eben so wenig die Ausübung der Forderungsrechte für eine res merae facultatis gehalten werden könne, mithin nur die allgemeinen Regeln von Verjährung der Klagen gelten. Die Meinung, nach welcher in allen Fällen ein Widerspruch für nöthig gehalten, sei durch einzelne Gesetze aus gutem Grunde beschränkt. (Pr. LR. Th. 1. tit. 9. §. 509. 510.)

Nach der richtigern Meinung ist wohl darauf Rücksicht zu nehmen, ob

1) die Landesgesetze die Analogie von Servituten auf die Reallasten angewendet haben; so sind auch die Bestimmungen der Verjährung der Dienstbarkeiten zur Anwendung zu bringen; ist aber

2) dieß nicht, so kommt es darauf an:

a) ob der Verpflichtete sich in usucapione libertatis befindet; so ist der Ablauf von 10 oder 20 Jahren hinreichend;

b) ist dieses nicht, so wird eine unverdenkliche Verjährung der Theorie nach erfordert, nach der Praxis aber 30 Jahre.

Vierte Abtheilung.

Vom Pfandrechte.

§. 248. (M. §. 180. not. V.)

Nach älterm Recht erhielt der Pfandgläubiger kein wahres Eigenthum an der Pfandsache.

Mehrere Rechtsgelehrte sind zwar der Meinung, daß der Pfandgläubiger ein wahres Eigenthumsrecht an der verpfändeten Sache erhalten habe, indem, wenn eine unbewegliche Sache verpfändet wurde, die gerichtliche Auflösung hätte erfolgen müssen, der Gläubiger alle Nutzungen der verpfändeten Sache gezogen, ohne schuldig zu seyn, Rechnung abzulegen, er auch den Zufall getragen, und seine Forderung verloren, wenn die unterpfändete Sache zu Grunde gegangen wäre, auch der Schuldner zur Evictionsleistung verbunden, und der Gläubiger berechtigt, die

Sache zu veräußern, ohne daß der Schuldner solche von dem dritten Besitzer hätte vindiciren können, in Gemäßheit des alten Grundsatzes: Hand muß Hand wahren; aus allen diesen Verhältnissen sey sichtbar, daß dem Gläubiger, wo nicht ein unwiderrufliches, doch wiederrufliches Eigenthumsrecht an der verpfändeten Sache zugestanden. Diese Meinung haben vertheidigt: Estor, (bürgerliche Rechtsgelahrth. B. 2. §. 3991.) Pottgießer, (de indole et natura pignoris quod jus gentium jura et consuetudines germaniae Marb. 1722.) Haltaus, (Glossarium sub V. Pfand.) Dreyer, (de usu genuino juris anglo-saxonici in explicendo jure cimbrico et saxon p. 136.) von Meiern, (in der Abh. vom sechsten Zinsthl. §. 15.) Fischer, (deutsche Handelsgeschichte Th. 1. S. 295. 453.) Danz, (Handbuch B. 2. S. 348.)

Die richtige Meinung geht dahin, daß der Pfandgläubiger nicht das Eigenthum erhalten, ob er gleich in Besitz der Sache gekommen und auch die Pfandnutzung gehabt habe. Riccius, (de dominio pig. germ. Goett. 1747.) Consilia frat. becmannor. II. Dec. 68. Herme, (de dominio pign. Erf. 1773.) v. Selchow, (elem. jur. civil. §. 456.) Runde, (PR. §. 221.) Mittermaier, (a. a O.) Die Gründe sind, weil der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, nicht allgemein gültig in Deutschland gewesen ist, eher als eine Ausnahme zu betrachten und sonach der Inhaber der Sache zur Restitution verbunden war. (Riccius a. a. O. §. 10. 11.) In erlauchten Familien hatten zwar die mit Unterpfand versehenen Kreditoren das Eigenthumsrecht erhalten; allein dieß kann nicht aus einem allgemeinen Rechte hergeleitet werden, sondern beruhet auf den hinzugefügten Verträgen.

Die Meinung eines widerruflichen Eigenthums, welche von Einigen vertheidigt wird, (Rosenvinge, Grundrecht §. 61. staatsbürgerliches Magaz. V. S. 111.) ist ungegründet; daß aber der Pfandvertrag mit der Antichresis verbunden gewesen, ist nicht zu leugnen. Daher auch die Versetzung des Landes auf Todtschlag, so daß der Gläubi-

ger sich allmählig aus den Früchten der Sache wegen des Kapitals bezahlt machte. (Möser, patriot. Phantas. B. 2. S. 103. Hagemann, in Gans Zeitschrift für Hanover B. 1. n. 1.)

§. 249. (M. §. 181. not. IV.*)

Das Gesuch des Schuldners braucht nicht auf die richterliche Einwilligung gerichtet zu seyn, noch darauf, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen.

Das Gesuch des Schuldners braucht blos auf die Bestellung der Hypothek gerichtet zu seyn: was übrigens geschehen muß, ist Sache des Richters. Daher ist ganz unrichtig, wenn Glück, (Commentar über die P. Th. 18. §. 1081. S. 293.) behauptet, daß dieses Gesuch immer auf die richterliche Einwilligung gehen müsse; eben so, wenn von Bülow und Hagemann, (Erört. B. 4. not. 59.) angenommen wird, daß der Schuldner gerichtlich zu erklären habe, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, da ja jede gerichtlich bestellte Hypothek nothwendig eine öffentliche ist; s. Eichhorn, (Einleitung §. 189. not. b.)

*) Zum §. 181. n. 11. daß eine vertragsmäßige Hypothek außer dem Konkurs gegen die Schuldner und Erben gültig sei, behauptet Griebner, (Diskurs zur Erläuterung der Prozeßordnung tit. 46. §. 1. Kind, (Quaest. for. T. II. C. XCI.)

§. 250. (M. §. 181. not. VI.)

Die Bestätigung einer außergerichtlichen Hypothek von Seiten des Richters kann keine gerichtliche Hypothek begründen, wenn nicht die Einwilligung des Schuldners hinzugekommen ist.

Wenn eine Schuldverschreibung bei der Stadtobrigkeit blos angemeldet wird, so erlangt der Gläubiger dadurch kein jus in re an dem verpfändeten Grundstück des Schuldners. Durch die Anmeldung und Production der Schuldverschreibung, wird zwar das Pfandrecht wirklich, allein der Kreditor erhält dadurch noch keine gerichtliche Hypothek; hierzu genügt so wenig jene Anmeldung als die bloße vom Schuldner gesuchte obrigkeitliche Bestätigung

einer Privatpfandverschreibung, oder die Anerkennung vor Gericht. Soll eine gerichtliche Hypothek entstehen, so muß der Schuldner dieß ausdrücklich erklären, die Eintragung verlangen, worauf dann die gerichtliche Confirmation geschieht.

Hiermit stimmen überein: Pufendorff, (Obs. T. I. obs. 197. T. II. obs. 160. T. III. obs. 180. §. 7. 8. Obs. 206. §. 6.) Struben, (rechtl. Bedenken Th. 1. n. 18.) Leyser, (Medit. ad P. sp. 289. m. 2.) Wernher, (T. II. P. 9. ob. 70.)

Das Gegentheil behauptet: Schirach, (Beitr. zur Abwendung des R. S. 184.)

§. 251. (M. §. 181. not. VIII.)

Eine hypotheca quasi publica kann da, wo Ingrossationen vorgeschrieben, nicht als eine gerichtliche gelten, hat aber doch den Vorzug vor einer gemeinen außergerichtlichen Hypothek.

Eine hypotheca quasi publica ist im Sinne des römischen Rechts eine solche Pfandverschreibung, welche von drei männlichen Zeugen, welche mit dem Inhalte der Urkunde bekannt sind, die aber nicht besonders vereidet zu seyn brauchen, unterschrieben ist. Nicht also eine solche, welche von zwei Notarien ohne alle Zeugen bestellt ist. (v. Berg, juristische Beobachtungen Th. 1. not. XVII).

Einige unterscheiden, ob der Gegenstand dieser hypotheca quasi publica eine bewegliche Sache ist, oder eine unbewegliche; in jenem Falle habe sie das nämliche Ansehen und die Wirkung, welche das römische Recht bestimmt, in diesem aber sey sie einer Privathypothek gleich zu achten: Hofacker, (Princip. jur. rom. germ. T. II. §. 1242. §. 1243.) Dabelow, (Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 626.) Claproth, (Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen §. 32.) v. Glück, (Pandectencommentar Th. 18. S. 322.) Allein offenbar ist dieser Unterschied ungegründet und richtiger ist es, wenn angenommen wird, daß die hypotheca quasi publica den Vor-

zug jeder Zeit vor einer Privathypothek habe. Hiermit stimmen überein: Weishaar, (würtemb. Privatrecht Th. 2. S. 77.) Sachse, (weimarisches Privatrecht S. 291.) v. Kamptz, (Sammlungen der Abh. aus dem schleswig-holsteinischen Anzeiger Th. 1. S. 120.) Mittermaier, (a. a. O.)

§. 252. (M. §. 185. not. VII.)

Daß gegen den Cessionar nur die Einreden zu gebrauchen, welche in dem Hypothekenbuche angemerkt sind, ist im Allgemeinen unrichtig.

Daß die Vorschrift eines Hypothekengesetzes, welche die Eintragung der Cession vorschreibt, höchst zweckmäßig ist, wird wohl im Allgemeinen keinem Zweifel unterliegen, obgleich v. Gönner, (im Commentar über das baier. H.G. Th. 2. S. 304.) die preuß. Hypothekenordnung, welche dieß vorschreibt, tadelt.

Nach allgemeinen Grundsätzen braucht sie nicht zu geschehen.

Wenn gleich im Allgemeinen der Grundsatz gilt, daß der debitor cessus dem Cessionar die Einwendungen entgegensetzen kann, welche ihm gegen den Cessionar zustehen, so leidet er im Hypothekenrecht seine Beschränkung; jedoch geht diese nicht so weit, daß nur solche Einreden entgegengesetzt werden können, welche im Hypothekenbuche enthalten sind, wie v. Gönner, (in Comment. über das bair. H.G. Th. 1. S. 438.) Mittermaier, (a. a. O.) u. a. annehmen, und auch Particulair-Gesetze bestätigen: als das Pr. Lr. im Anhange §. 53. z. Th. 1. tit. 20. §. 511. s. a. Entscheidung der Gesetzcommission vom 29sten April 1788. (Klein's Annalen B. 3. S. 251.) Baierisch. Hyp.G. §. 33. 46.

Einmal, wie sich von selbst versteht, muß Cessionar die nachtheiligen Folgen gegen sich gelten lassen, welche aus der Unterlassung der Eintragung der Cession entstehen; sonach kann auch der Schuldner ihm alle Einreden entgegensetzen, welche ihm gegen den Cedenten zustehen.

Dann, wenn im Hypothekengesetz eine Zeit der Protestation vorgeschrieben, z. B. nach dem Bay. HG. 30 Tage von der Eintragung an gerechnet, so kann der Schuldner dem Cessionar unter andern den Einwand des nichtbezahlten Geldes innerhalb dieser Zeit entgegensetzen.

Außerdem ist wohl darauf Rücksicht zu nehmen: ob der Schuldner zur Eintragung der Cession vorgeladen worden, (was nicht zu geschehen braucht) oder ob dieß nicht geschehen ist. In jenem Falle kann er dem Cessionar keine anderen Einreden entgegen setzen, als die, welche im Hypothekenbuche enthalten sind; im letztern Fall sind aber doch die Einreden zulässig, welche die Rechtsgültigkeit der Forderung betreffen, indem die Hypothek accessorische Eigenschaft hat. (Westphal, Lehre vom Pfandrecht §. 104.) Glück, (PComm. B. XVIII. S. 164.) Es wird eine Forderung vorausgesetzt, welche entweder in materieller oder formeller Hinsicht ungültig ist. Ist das Grundstück auf den Namen beider Eheleute, die in Gütergemeinschaft leben, geschrieben, und hat der Mann einseitig eine Hypothek aufgenommen, diese aber von dem Hypothekar-Gläubiger einem Andern cedirt, so würde die Frau dem Cessionar den Einwand der Nullität entgegensetzen können, so daß er nur die Hälfte der cedirten Forderung in Anspruch zu nehmen berechtigt sein würde.

§. 253. (M. §. 185. a)

Der Richter, welcher eine rechtswidrige Handlung bei Bestellung der Hypothek begangen, oder eine grobe Nachlässigkeit sich hat zu Schulden kommen lassen, ist verbunden, in Subsiduum den Schaden zu ersetzen.

Einige, als Struben, (rechtl. Bedenken Th. 5. B. 5.) Mevius, (T. II. P. VII. Dec. 142.) Schröder, (Diss. de auctoritate publica ad pignoris seu hypoth. publicae constitutionem necessariam Tub. 1716. §. 21.) J. G. Sieber, (Diss. an ex confirmatione hypothecae ad id, quod interest, judex teneatur. Gött. 1758. §. 9.)

sind der Meinung, daß der Richter nicht zum Schadenersatz verbunden sey, weil seine Auctorität nur dazu diene, der Hypothek Gültigkeit und Publicität zu verschaffen, nicht aber um sich selbst dadurch eine Verbindlichkeit aufzulegen.

Andere als Cramer, (Obs. jur. univers. T. III. obs. 822.) Kobe, (Commentat. de pec. mutatilia tuto collocanda C. VIII. §. 121. — 124.) Leyser, (Medit. ad P. Vol. XI. sp. 653. med. 21.) Zink, (de oblig. mag. ex consensu inhypothecae const. Alt. 1800.) Bolley, (Lehre vom öffentl. Unterpf. §. 129.) sind dagegen der entgegengesetzten Meinung und zwar darum, weil bei Bestellung einer gerichtlichen Hypothek dem Richter die Pflicht obliege, die Sicherheit des Gläubigers zu prüfen, jede Obrigkeit aber wegen der Nachlässigkeit, welche ihr bei ihren amtlichen Verrichtungen zur Last falle, verantwortlich sey.

Noch Andere, als von Gönner, (auserles. Rechtsfälle und Ausarb. B. 2. n. 26.) Geiger und v. Glück, (Rechtsfälle und Abh. B. 2. n. 22.) v. Glück, (Pandect. Comm. B. XVIII. S. 298.) wollen auf die Absicht der Contrahenten Rücksicht nehmen, zu welchem Zweck sie sich an den Richter gewandt haben: haben sie von dem Richter weiter nichts verlangt, als daß er das unter ihnen schon außergerichtliche vollendete Geschäft gerichtlich aufnehme und niederschreibe, so sey der Richter für nichts als für die Legalität der gerichtlichen Aufnahme verbunden: wenn dagegen, wie immer im Zweifel zu vermuthen, die Contrahenten sich in der Absicht an den Richter gewandt, daß der Gläubiger durch ihn über das ganze Geschäft volle Sicherheit erhaltel, so müsse auch der Richter der Gültigkeit des Schuldvertrags und Sicherheit der Hypothek seiner Prüfung unterwerfen. Der Richter sey daher verantwortlich: 1) wenn er unterließ, eine ältere Hypothek in das Hypothekenbuch einzutragen; 2) wenn er eine Hypothek auf ein Object eintrug, das der freien Verfügung des Schuldners nicht unterworfen war; 3) wenn er über den wahren Werth die Hypothek bestellte, oder das Object durch Sachverständige nicht schätzen ließ; 4) wenn er unterließ, dem Gläubi=

ger anzuzeigen, daß schon ältere Hypotheken vorhanden, oder eine andere mit Vorzugsrecht begabte Forderung. Nur dann würde eine Ausnahme statt finden, wenn der Gläubiger die Schuld bloß zu seiner Sache machte, und darüber keine Cognition verlangte, sondern die Sache bloß zu dem Ende an den Richter gebracht, damit er dasjenige, was die Hypothek allein angeht, untersuche.

Allein richtiger ist wohl die Meinung, daß der Richter nur alsdann subsidiarisch zum Schadenersatz verbunden sey, wenn er 1) eine rechtswidrige Handlung beging, 2) unterließ, die Sorgfalt zu beobachten, welche ihm als Hypothekenrichter oblag. Sehr oft sind die Partheien selbst Schuld daran, daß sie in Schaden gekommen, indem sie die genauen Erkundigungen und Einsichten in das Hypothekenbuch unterließen. Vergl. Meier, (Commentar zum würtemb. Gesetz Th. 2. S. 293 u. 332.) Hohnhorst (Jahrbücher 3. S. 161.) und Mittermaier, (a. a. O.) Weber, (über das Creditwesen S. 102.) womit auch übereinstimmt: die pr. Hypothekenordnung §. 285. u. bai. Hypothekengesetz §. 97 bis 100.

Der Gerichtsherr ist verbunden, den Schaden zu ersetzen, welcher dolo oder culpa durch seinen Gerichtshalter für die Partheien entstanden ist.

Die Haftungsverbindlichkeit des Gerichtsherrn ist

1) in der Natur der Amtsfunction des Gerichtshalters enthalten, vermöge welcher er die Person des Gutsherrn repräsentirt;

2) der Gerichtsherr, dem die Wahl des Beamten zusteht, ist darauf zu sehen verbunden, daß er ein tüchtiges und treues Subject erwählt, indem jede Handlung des Committirten dem Committenten zur Last fällt;

3) der Gerichtsherr ist nicht nur für das Verbrechen seines Beamten zu haften schuldig, sondern auch für das Versehn, welches er begangen hat, indem alle diese Handlungen demjenigen, der dadurch Schaden leidet, nach der

natura damni quasi ex delicto nicht nachtheilig sein können.

4) Doch ist die Haftungsverbindlichkeit des Gerichtsherrn bloß subsidiarisch, wenn der Beamte außer Stande ist, aus seinem Vermögen den den Partheien zugefügten Schaden zu ersetzen.

5) Der Gerichtsherr ist aber insbesondere darum verhaftet, weil er verbunden ist, von Zeit zu Zeit das Gericht zu visitiren, das Depositorium unter seiner speciellen Aufsicht mit steht; hat er dieses unterlassen, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn er Schaden leidet. Eine vorzügliche Aufmerksamkeit hat er auf die Führung des Hypothekenwesens zu verwenden, weil eben hier am meisten die Gerichtseingesessenen gefährdet werden können. Glück, (P.Comm. §. 208.) Bülow u. Hagemann, (Erört. B. 4. n. 50.) Hagemann, (Landwirthschaftsr. §. 17. S. 24.)

Diese allgemeinen Bestimmungen finden sich auch in mehrern Particulair = Gesetzen bestätigt.

Das Pr. LR. Th. 2. tit. 17. bestimmt zwar in §. 90. daß der Gerichtsherr, welcher sein Gericht nach Vorschrift der Gesetze gehörig bestellt hat, für die Handlungen oder Unterlassungen desselben zu haften nicht schuldig sey; macht aber in den nachfolgenden mehrere Ausnahmen, unter andern in §. 95., wenn er bei der ihm zustehenden Auswahl der Personen, denen das Depositorium und die Schlüssel dazu anvertraut sind, ein auch nur mäßiges Versehn begeht, wenn er die Kassenvisitationen und Rechnungsabnahmen gehörig zu veranstalten unterläßt, und überhaupt in allen Fällen, wo Unordnungen, Unregelmäßigkeiten oder ungebührliche Zögerungen bei der Justizpflege zu seiner Wissenschaft erweislich gelangt sind, und er nicht zeitig genug dem Landes = Justizcollegium Anzeige gemacht hat. Auch nach dem baierischen Recht ist dieß der Fall.

Das bair. Rescript v. 17ten Jan. 1786. an die Churf. Regierung zu Sulzbach verpflichtet den Hofmarksherrn, den Schaden, welcher durch seinen Beamten entstanden, zu ersetzen, wenn dieser unvermögend ist. Auch so bestimmt

das organische Edict über die Patrimonialgerichtsb. v. 8ten Sept. 1808. §. 40. daß der Gerichtsherr für allen aus Nachlässigkeit oder Unwissenheit des Gerichtshalters entstandenen Schaden zu haften verbunden sey, und in der Beil. 6. d. V Ur. §. 59. heißt es: der Guthsherr haftet für den aus den Amtshandlungen seiner Beamten entstandenen Schaden, in dem nämlichen Verhältniß, wie der Königl. Fiscus für die unmittelbaren Beamten.

§. 254. (M. §. 187.)

Gegen den Inhalt des Hypothekenbuches findet keine Verjährung statt.

Es würde der Zweck des ganzen auf Sicherheit des Eigenthums, auf Erhaltung des Kredits gerichteten Instituts vernichtet werden, wenn die Verjährung gegen dasselbe statt haben sollte. Insbesondere muß

1) in Collisionsfällen allezeit dasjenige, was auf öffentlichen Glauben beruht und unter demselben allgemein vom Staate angeordnet wird, demjenigen vorgehen, was bloß auf Privathandlungen beruht. Dieser Grundsatz entscheidet für die öffentlichen Bücher.

2) Nichtgebruach eines Rechts oder Stillschweigen des Berechtigten sammt der Zeit des Nichtgebrauchs oder Stillschweigen sind unsichtbare, und der Eintragung in ein öffentliches Buch ganz unfähige Dinge.

3) Es mangelt an den Vorbedingungen einer Verjährung, wenn sie gegen den Inhalt der öffentlichen Bücher wirken soll, und ihre Annahme ist ein Verstoß gegen die Grundsätze aller Verjährung. Denn dem, der gegen den Eintrag des öffentlichen Buchs verjähren will, mangelt es an der bona fides, und wenn der Eintrag in das öffentliche Buch eine Handlung ist, wodurch eine angefangene Verjährung unterbrochen wird, so ist es eine gerichtliche Interpretation und durch sie hört der Gläubiger auf, ein Stillschweigen zu beobachten; ist nun dieß, so dauert die Interpellation so lange fort, als der Eintrag in die öffentlichen Bücher steht,

steht, denn er ist nichts anders, als eine fortdaurende, und zwar, da er in öffentlichen Büchern steht, eine öffentliche Interpellation.

4) Das Gesetz, welches die Verjährung gegen die öffentlichen Bücher gestattet, würde mit sich selbst im Widerspruch stehen, und den durch jene begründeten Realcredit zerstören.

Hiermit stimmen überein: v. Gönner, (Comment. z. bai. HG. B. 1. S. 331. u. s. f.) s. a. Pr. Landrecht Th. 1. tit. IX. §. 511. Th. 1. tit. XX. §. 534. das bai. Hyp. G. §. 31. Das Gegentheil wird angenommen von Guischard, (Jurisp. hypoth. T. IV. p. 110.) Zedler, (Comment. zum östr. Gesetzb. B. 2. Abth. 1. s. a. Cod. Napol. art. 2160. n. 4. östr. Gr. B. §. 1467. 1469. 1479.

Anhang.

Da das neuere Hypothekensystem bisher noch mehr in den particulair= als allgemeinen Gesetzen begründet ist: so würde es sehr interessant seyn, die Controversen, welche sich über einzelne Bestimmungen der particulairen HG. ergeben haben, aufzuzählen. Hier mögen nur Einige als Anhang zu diesem Abschnitt folgen.

1) Nach dem neuen preuß. Hypothekenrecht ist es zweifelhaft: ob das Hypothekenrecht noch als ein accessorisches Recht zu betrachten sey? vgl. PLR. Th. 1. tit. 20. §. 416. 422. 520. und §. 52. d. Anhangs und dessen Declaration v. 3ten April 1824. Diese Frage wird verneinend beantwortet in der Abh.: Ist die Hypothek nach preuß. Recht ein accessorisches oder ein selbstständiges dingliches Recht, und kann der Hypothekenschuldner über den locus ohne Einwilligung der postlocirten Gläubiger verfügen, wenn der dort eingetragene Gläubiger der Hypothek entsagt, ohne daß er die Forderung aufgiebt? Ein Beitrag zur Erkenntniß der Natur des Hypothekenrechts nach pr. R. von **** Marienwerder 1831. und von dem Rezensenten d. Abh. in der allg. Litraturzeit. Dec. 1831. n. 226. S. 522. u. f. f.; bejaht in dem Ministerialrescript an das Oberlandes=Gericht zu M. vom 13ten Mai 1831. Jene Meinung möchte wohl die richtigere seyn.

2) Nach dem baierischen Hypothekenrecht ist streitig:

a) ob das Hypothekengesetz vom 1sten Juni 1822 die Bestimmungen des Codex judiciarius bavaricus und das Gesetz v. 22sten Juli 1819. die Verbesserung der Gerichtsordnung betreffend, bei Veräußerung des hypothecirten Grundstücks aufhebe? vergl. d. HG. §. 64. §. 1. d. EinführungsG. die Novelle v. 1819. §. 33. Codex jud. Cap. XVIII. §. 7. n. 9.

Bejahend beantwortet diese Frage: v. Gönner in Comment. z. HG. Th. 1. S. 529. Die richtigere Meinung ist aber wohl die verneinende.

b) Ob das Hypothekengesetz die Bestimmung d. Novelle vom 22sten Juli 1819. über das Verfahren bei der Execution aufhebe? HG. §. 52. Nov. n. 9. §. 30. 31. vergl. v. Gönner Comment. Th. 1. S. 434.

c) Ob der debitor cessus dem Cessionar keine andern Einwendungen entgegensetzen könne, als blos die, welche im Hypothekenbuch eingetragen sind? vergl. HypothekenG. §. 26. n. 4. 5. 6. §. 46. 47. 109. 167. Cod. Maximil. bav. Th. 1. C. 3. §. 8. Th. 4. C. 2. §. 3.

v. Gönner im Commentar Th. 1. S. 400. verneint sie, allein es ist nach richtiger Meinung (wenn man das Hypothekenrecht als ein accessorisches Recht ansieht) doch das Gegentheil anzunehmen.

d) Zweifelhafte Fragen wegen der Zinsen hypothekarischer Forderungen.

1) Ob nur einjährige Zinsen einen Vorzug haben; vgl. HG. §. 42. 52. bai. Prioritätsord. §. 25. n. 2. §. 26. 29.

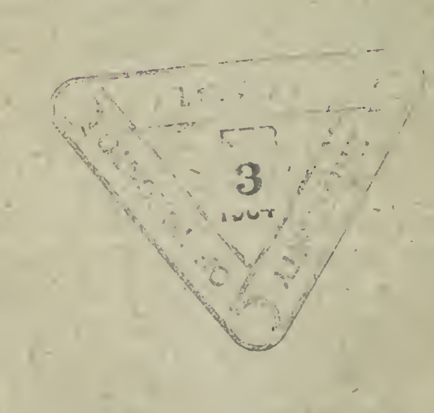
2) Ob in jedem Fall die hypothek. Zinsen executivisch eingeklagt werden können? HG. §. 52. §. 56. Novelle z. GO. v. 1819. n. 9.

3) Ob der Miether oder Pachter, der den Pachtzins auf länger als ein Quartal dem Schuldner bezahlt hat, von den Hypothekargläubigern wegen der rückständigen hypothekarischen Zinsen hafte? — Der entgesetzten Meinung ist v. Gönner in Comment. Th. 1. S. 426. die bejahende Meinung würde wohl die richtigere seyn. Das HG. bestimmt nichts. vergl. Pr. LR. Th. 1. tit. 20. §. 480.

4) Ob es von dem Gläubiger abhänge, ob er gegen den hypoth. Schuldner wegen der rückständigen hyp.

Zinsen in processu ordinario klagen, oder ein mandatum de solvendo nachsuchen will. vergl. HG. §. 52. vergl. die Resolution des pr. Justiz-depart. v. 31sten Jul. 1802.

5) Ob der Hypotheken-Gläubiger das Vorzugsrecht auf die priviligirten Zinsen verliere, wenn er sich in die Pacht- oder Miethszinsen des Schuldners immittiren läßt? HG. §. 12. n. 2. §. 42. Prioritätsord. §. 16. v. Gönner Comm. Th. 1. §. 12.



Halle,
gedruckt bei Heinrich Ruff jun.

